



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**PEDRO HENRIQUE CARNEIRO DA COSTA REZENDE**

**REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A TIPIIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO:  
QUESTÕES DOGMÁTICAS E DE CONVENIÊNCIA POLÍTICO-CRIMINAL**

Brasília

2018

PEDRO HENRIQUE CARNEIRO DA COSTA REZENDE

**REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A TIPIIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO:  
QUESTÕES DOGMÁTICAS E DE CONVENIÊNCIA POLÍTICO-CRIMINAL**

Brasília

2018

Pedro Henrique Carneiro da Costa Rezende

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A TIPIIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO:  
QUESTÕES DOGMÁTICAS E DE CONVENIÊNCIA POLÍTICO-CRIMINAL

Monografia apresentada na Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.  
Orientadores: Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Prof. Dr. José Carlos Porciúncula Neto.  
Avaliadores: Prof. Me. Ademar Borges de Sousa Filho e Profa. Ma. Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti.

Brasília

2018

Pedro Henrique Carneiro da Costa Rezende

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A TIPIIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO:  
QUESTÕES DOGMÁTICAS E DE CONVENIÊNCIA POLÍTICO-CRIMINAL

Monografia apresentada na Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito. Orientadores: Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Prof. Dr. José Carlos Porciúncula Neto. Avaliadores: Prof. Me. Ademar Borges de Sousa Filho e Profa. Ma. Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti.

Aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_

---

Professor Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

---

Professor Dr. José Carlos Porciúncula Neto

---

Professor Me. Ademar Borges de Sousa Filho

---

Professora Ma. Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti

*“Cada lei que chega traz, renovados e reforçados, os marcadores da excelência. Alimentando a expectativa de em breve termos ao alcance da mão a resposta acabada aos problemas. Só que, quanto maior a esperança, maior a desilusão e mais dolorosa a frustração. E mais aguda a procura por novas leis. E mais inelutável o nosso destino, amarrados a esta dialética entre lei, esperança e frustração, situadas em níveis cada vez mais elevados e a induzir lastros cada vez mais insuportáveis de desencanto. Uma interminável cadeia em que a última lei e a última frustração são apenas as penúltimas”.*

*Manuel da Costa Andrade*

## RESUMO

O presente trabalho analisa as diferentes formas de tipificação penal do enriquecimento ilícito ao redor do mundo. No direito comparado, é possível identificar uma tendência no que diz respeito à conformação típica usualmente adotada para a criminalização autônoma da conduta, cujo alvo é o funcionário público suspeito de cometer crimes contra a administração pública. A conformação típica que prevalece no direito comparado insere-se na categoria de um crime de suspeita, na medida em que criminaliza a mera suspeita de que o funcionário público tenha cometido atos de corrupção, todavia não provados, de que a incompatibilidade entre o patrimônio possuído pelo funcionário público e os seus rendimentos lícitos declarados é apenas um indício. A análise proposta compreende o exame da conformidade da estrutura típica usualmente adotada com os princípios gerais do direito penal, que toda incriminação que se pretende legítima deve observar. A conclusão que se alcança é que referida tendência incorre em flagrante violação aos princípios da culpabilidade, da legalidade penal e da presunção de inocência. O referido expediente comparado também deu ensejo, no Brasil, a várias propostas legislativas que objetivam tipificar o delito de enriquecimento ilícito do funcionário público, sendo a maior parte delas inspirada nas “10 Medidas Contra a Corrupção”. A análise a que se propõe o presente trabalho, contudo, limitar-se-á ao exame da conformação constitucional do tipo penal sugerido pelo Ministério Público Federal no âmbito desse pacote anticorrupção e das respectivas justificativas para a sua implementação. Adiantando as conclusões da dita investigação, o que se tem é que não subsistem as justificativas apresentadas para a introdução desse novo tipo penal no direito interno. Ademais, a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito que o MPF pretende implementar no Brasil incorre nos mesmos problemas dogmáticos do modelo típico que predomina do direito comparado. Ao fim e ao cabo, referida medida é desnecessária no Brasil, porque o ordenamento jurídico brasileiro já sanciona, direta e indiretamente, a conduta que se pretende criminalizar, inclusive por meio do direito penal.

Palavras-chave: corrupção, funcionário público, tipificação, enriquecimento ilícito, presunção de inocência

## **ABSTRACT**

This article analyzes the different forms of criminalization of illicit enrichment around the world. In comparative law, it is possible to identify a tendency towards the typical conformation usually adopted for the autonomous criminalization of the conduct, which aims to punish public officials suspected of committing crimes against the administration. The typical pattern prevailing in comparative law falls into the category of a crime of suspicion that criminalizes the mere suspicion that the public official has committed acts of corruption, although not proved, of which the incompatibility between his assets and his declared licit income is only a clue. The proposed analysis includes an exam of the conformity of the typical structure usually adopted and the general principles of criminal law, which any incrimination that intends to be legitimate must observe. The conclusion reached is that said trend incurs in flagrant violation of the principles of culpability, criminal legality and presumption of innocence. This comparative expedient also gave rise to several legislative proposals in Brazil that aim to criminalize the illicit enrichment of public officials, most of them inspired by the "10 Measures Against Corruption". The analysis proposed in this paper, however, will be limited to examining the constitutional conformation of the criminal type suggested by the Federal Public Prosecutor's Office within the framework of this anti-corruption package and the respective justifications for its implementation. In advance of the conclusions of the aforementioned investigation, what we have is that the justifications presented for the introduction of this new criminal type in domestic law do not subsist. In addition, the proposal of criminalization of the illicit enrichment that the MPF intends to implement in Brazil incurs the same dogmatic problems of the typical model that prevails in comparative law. Mostly, this measure is unnecessary in Brazil, because the Brazilian legal system already sanctions, directly and indirectly, the conduct that it intends to criminalize, including through criminal law.

Keywords: corruption, public officials, criminalization, illicit enrichment, presumption of innocence.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Introdução .....</b>   | <b>1</b>  |
| <b>PARTE 1 – Notas de Direito Comparado.....</b>  | <b>4</b>  |
| <b>1.1 A tipificação do enriquecimento ilícito na perspectiva comparada .....</b>   | <b>4</b>  |
| 1.1.1 As prescrições de tipificação da conduta constantes das convenções internacionais de combate à corrupção.....   | 4         |
| 1.1.2 Breve análise dos dispositivos de direito interno: como a conduta é tipificada nos diferentes países do mundo .....   | 7         |
| 1.1.2.1 Países da Europa .....  | 7         |
| 1.1.2.2 Países da América Latina .....  | 12        |
| 1.1.2.3 Países do Oriente.....  | 17        |
| <b>1.2 A tendência verificada no direito comparado: tipificação do enriquecimento ilícito do funcionário público como um “crime de suspeita” .....</b>                            | <b>19</b> |
| <b>PARTE 2 – A incompatibilidade entre o modelo adotado e os princípios gerais do Direito Penal.....</b>  | <b>27</b> |
| <b>2.1 Violação ao princípio da culpabilidade.....</b>  | <b>27</b> |
| <b>2.2 Violação ao princípio da legalidade na modalidade taxatividade dos tipos penais.....</b>   | <b>32</b> |
| <b>2.3 Violação ao princípio da presunção de inocência .....</b>  | <b>38</b> |
| 2.3.1 O conteúdo do princípio da presunção de inocência .....   | 38        |
| 2.3.2 Sob qualquer ângulo que se examine a questão, há ofensa direta às três formas de manifestação do princípio da presunção de inocência enquanto regra de juízo.....           | 41        |
| <b>PARTE 3 – O enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira.....</b>  | <b>47</b> |
| <b>3.1 Um breve esboço a respeito das proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional para tipificar o delito de enriquecimento ilícito do funcionário público.....</b> | <b>47</b> |
| <b>3.2 Breves considerações sobre a proposta do Ministério Público para tipificação do enriquecimento ilícito contida nas “10 Medidas Contra a Corrupção” .....</b>               | <b>53</b> |
| 3.2.1 A insubsistência das justificativas apresentadas.....   | 53        |
| 3.2.2 Críticas a respeito da conformação típica escolhida .....   | 55        |



|  |           |
|--|-----------|
| <b>3.3 O enriquecimento ilícito na lei de improbidade administrativa.....</b>                          | <b>58</b> |
| <b>3.4 O tratamento processual-penal de bens e valores relacionados ao crime.....</b>                  | <b>62</b> |
| <b>3.5 A desnecessidade de tipificação penal do enriquecimento ilícito do funcionário público.....</b> | <b>67</b> |
| <b>Conclusão.....</b>  | <b>70</b> |
| <b>Referências bibliográficas .....</b>  | <b>73</b> |

## Introdução

Inicialmente, cumpre fazer um registro de cunho metodológico. As expressões “enriquecimento ilícito”, “enriquecimento sem causa” e “enriquecimento injustificado” são empregadas como sinônimos no presente trabalho, ao longo do qual, utilizar-se-á, preferencialmente, o termo “enriquecimento ilícito”, por ser mais recorrente na doutrina.

Feito esse registro inicial, necessário esclarecer que não se confundem o enriquecimento ilícito em matéria penal e o enriquecimento ilícito previsto no Direito Civil. No âmbito do Direito Civil, o enriquecimento ilícito – mais comumente designado de enriquecimento sem causa – constitui uma fonte legal de obrigações, segundo a qual “[...] o enriquecido fica obrigado a restituir ao empobrecido o benefício que injustificadamente obteve à custa dele”<sup>1</sup>. Seguindo essa lógica, o incremento patrimonial sem justa causa jurídica do enriquecido faz surgir em favor do empobrecido uma pretensão de ressarcimento. Contudo, essa pretensão somente poderá ser exercida “[...] quando se verifica a existência de uma situação de facto não regulada por qualquer norma específica e que integra os pressupostos do enriquecimento sem causa”<sup>2</sup>. Por isso, diz que o enriquecimento ilícito tem natureza subsidiária. No Brasil, o instituto encontra previsão nos artigos 884 a 886 do Código Civil<sup>3</sup>.

Por outro lado, em matéria penal, o termo costuma designar um delito específico, cujo injusto corresponde à suspeita de que o funcionário público tenha se enriquecido no exercício da função pública por meio da prática de delitos contra a administração, geralmente de corrupção, que não foi possível provar. De acordo com a tendência verificada no direito comparado, o injusto se

---

<sup>1</sup> MENEZES LEITÃO. Luís Manuel Teles de. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. In *R. CEJ*, Brasília, n. 25, 2004, p. 25.

<sup>2</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. O enriquecimento sem causa em Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 23, p. 3-21, 2003.

<sup>3</sup> “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa [que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir. Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

configura a partir da incongruência entre o patrimônio possuído pelo funcionário público e os seus rendimentos lícitos contabilizados nas declarações patrimoniais a que está obrigado.

São conhecidas as dificuldades probatórias inerentes aos crimes contra a administração pública, notadamente aos delitos de corrupção. A instituição do delito de enriquecimento ilícito constitui justamente uma solução de direito material para esses problemas de ordem probatória, pois a conformação típica que prevalece no direito comparado permite a condenação do funcionário público por uma mera suspeita, levantada pelo estado de incompatibilidade patrimonial do funcionário público, de que ele tenha praticado atos de corrupção (em sentido lato), mesmo sem qualquer prova da efetiva prática dos crimes contra a administração pública que se suspeita originaram o seu enriquecimento. Nesse contexto, o delito de enriquecimento ilícito insere-se dentre as estratégias patrimoniais de combate à criminalidade<sup>4</sup>, ao lado de institutos como o crime de financiamento do terrorismo, o delito de lavagem de dinheiro, o confisco das vantagens do crime nas formas clássica e alargada e os mecanismos de prevenção e detecção aplicáveis a certas atividades<sup>5</sup>. As vantagens de ordem prática proporcionadas pela referida figura típica fazem-se acompanhar, entretanto, de graves violações a direitos fundamentais, como o da presunção de inocência e da legalidade em matéria penal.

No Brasil, não há um tipo penal próprio de enriquecimento ilícito. A conduta, todavia, constitui ato de improbidade administrativa e acaba por ser criminalizada indiretamente por diversos outros crimes já existentes. Não obstante, há várias proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional que pretendem criminalizar o enriquecimento ilícito do funcionário público. A maioria delas é inspirada nas “10 Medidas Contra a Corrupção”, apresentadas ao legislativo pelo Ministério Público Federal.

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, CORDERO, Isidoro Blanco. El Delito De Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional português. *Revue électronique de l’AIDP*, A-02, 2013; e GODINHO, Jorge A. F., The Recent Evolution of Financial Strategies of Crime Control in the Macau SAR [Estratégias Patrimoniais de Combate a Criminalidade]: O Estado Actual na Região Administrativa Especial de Macau. In: ALVES, Leonel Alves; CARDINAL, Paulo (Ed.). Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

<sup>5</sup> V., exemplificativamente, o Capítulo V da Lei 9.613, de 3 de março de 1998, que trata das pessoas sujeitas ao controle do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

O objeto do presente trabalho é justamente o enriquecimento ilícito do funcionário público em matéria penal. Na primeira parte do trabalho, far-se-á um estudo sobre a tipificação do enriquecimento ilícito mundo afora, com o intuito de identificar a conformação típica que prevalece no direito comparado. Na sequência, será demonstrada, na parte segunda do trabalho, a incompatibilidade entre o modelo usualmente adotado para a tipificação da conduta no direito comparado e os princípios gerais de direito penal. Na terceira e última parte, serão identificadas as proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional que pretendem tornar crime a conduta do enriquecimento ilícito do funcionário público, tecendo-se breves comentários críticos especificamente sobre a proposta de tipificação do enriquecimento ilícito apresentada no âmbito das “10 Medidas Contra a Corrupção”. Ainda nessa última parte, será visto que, na realidade, o ordenamento jurídico brasileiro já sanciona, administrativa e penalmente, a conduta que se pretende incriminar, motivo pelo qual a aprovação de um projeto de lei nesse sentido é desnecessária.

## **PARTE 1 – Notas de Direito Comparado**

### **1.1 A tipificação do enriquecimento ilícito na perspectiva comparada**

#### **1.1.1 As prescrições de tipificação da conduta constantes das convenções internacionais de combate à corrupção**

A tipificação do enriquecimento ilícito está prevista em convenções internacionais que prescrevem medidas de combate à corrupção de toda natureza<sup>6</sup>. Em geral, referida medida legislativa é prescrita na modalidade de um crime próprio contra a administração pública, praticado por funcionários públicos, e tem o objetivo de coibir a prática de atos de “corrupção” no exercício das funções públicas por parte de pessoas a elas vinculadas. Contudo, os instrumentos de direito internacional sobre o tema não veiculam aos seus signatários uma obrigação inderrogável de tipificação da conduta.

A prescrição de tipificação do enriquecimento ilícito do funcionário público prevista nessas convenções é sempre acompanhada da ressalva de que a adoção da medida deverá observar os princípios fundamentais do ordenamento jurídico dos respectivos Estados signatários. A ressalva se dá em razão do carácter controvertido do delito, que está longe de ser uma unanimidade dentre os membros da comunidade internacional.

O primeiro instrumento de direito internacional a prever explicitamente a tipificação do enriquecimento ilícito foi a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996<sup>7</sup>, que dispõe, no seu artigo IX, que

---

<sup>6</sup> A propósito, v. ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción. *Revista penal Mexico*, Mexico, DF, n. 7, p. 217-240, 2015.

<sup>7</sup> A Convenção Interamericana contra a Corrupção foi firmada no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 29 de março de 1996, em Caracas, Venezuela. No Brasil, ela foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410a.htm)>. Acesso em: 22 maio 2018. O preâmbulo da convenção ressalta a “necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam fruto desses atos”.

[...] os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.

Todavia, o próprio dispositivo traz a reserva de que as medidas serão adotadas pelo Estado signatário “[...] sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico”. Além do mais, referido dispositivo prevê que o Estado parte que não tenha tipificado o enriquecimento ilícito prestará a assistência e cooperação previstas na Convenção relativamente a esse delito, “[...] na medida em que o permitirem as suas leis”.

Cumprе registrar que a ratificação da Convenção pelo Canadá e pelos Estados Unidos da América foi realizada mediante a ressalva de que a adoção da tipificação do enriquecimento ilícito, tal como proposta, não é compatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, por importar na inversão do ônus da prova em desfavor do acusado<sup>8</sup>. Considerando a vislumbrada ofensa a preceitos básicos de direito interno, esses dois países não se comprometeram a adotar as medidas propostas no art. IX, conforme lhes autoriza a própria Convenção. Por outro lado, conforme será visto na sequência, após a assinatura dessa Convenção, verificou-se, entre os países latino-americanos, a tendência de incorporar ao direito interno o delito de enriquecimento ilícito do funcionário público.

---

<sup>8</sup> Segundo o Statement of Understanding of Article IX, Illicit Enrichment emitido pelo representante do Canadá: “*Article IX provides that the obligation of a Stated Party to establish the offence of illicit enrichment shall be ‘Subject to its Constitution and the fundamental principles of its legal system’. As the offence contemplated by Article IX would be contrary to the presumption of innocence guaranteed by Canada's Constitution, Canada will not implement Article IX, as provided for by this provision*”. Por outro lado, de acordo com as manifestações da delegação Americana: “*The United States of America intends to assist and cooperate with other States Parties pursuant to paragraph 3 of Article IX of the Convention to the extent permitted by its domestic law. The United States recognizes the importance of combating improper financial gains by public officials, and has criminal statutes to deter or punish such conduct. These statutes obligate senior-level officials in the federal government to file truthful financial disclosure statements, subject to criminal penalties. They also permit prosecution of federal public officials who evade taxes on wealth that is acquired illicitly. The offense of illicit enrichment as set forth in Article IX of the Convention, however, places the burden of proof on the defendant, which is inconsistent with the United States constitution and fundamental principles of the United States legal system. Therefore, the United States understands that it is not obligated to establish a new criminal offense of illicit enrichment under Article IX of the Convention*”. Essas duas declarações estão disponíveis no sítio eletrônico da OEA: <[http://www.oas.org/en/sla/dil/inter\\_american\\_treaties\\_B-58\\_against\\_Corruption\\_signatories.asp#UnitedSates](http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption_signatories.asp#UnitedSates)>. Acesso em: 22 maio 2018.

Na esteira do movimento inaugurado pela Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, os países africanos, por meio do art. 8º da Convenção da União Africana sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção, de 11 de julho de 2003<sup>9</sup>, comprometeram-se igualmente a adotar medidas necessárias para a definição do enriquecimento ilícito do funcionário público como uma infração penal. Entretanto, o dever de tipificação do enriquecimento ilícito foi estabelecido mediante “[...] reserva das disposições da legislação nacional”<sup>10</sup>.

Na linha dos dispositivos de direito internacional acima referidos, porém em tom meramente recomendatório, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003<sup>11</sup>, estabeleceu que os Estados signatários deverão “considerar” a tipificação do enriquecimento ilícito do funcionário público, mas desde que

---

<sup>9</sup> Referida convenção foi elaborada em atenção à “necessidade de se resolver as causas principais da corrupção no continente [africano]”, tendo em conta “o impacto negativo da corrupção e da impunidade na estabilidade política, económica, social e cultural dos Estados Africanos e os seus efeitos devastadores sobre o desenvolvimento económico e social dos povos de África”.

<sup>10</sup> De acordo com o artigo 8º da referida Convenção, “1. Sob reserva das disposições da legislação nacional, os Estados Parte comprometem-se a adoptar medidas necessárias para definir uma infracção, no quadro das suas leis, de enriquecimento ilícito. 2. Para os Estados Parte que tiverem definido o enriquecimento ilícito como infracção, nos termos da legislação nacional uma tal infracção deve ser considerada um acto de corrupção ou de infracção semelhante, nos termos da presente Convenção. 3. Todo o Estado Parte que não tenha definido o enriquecimento ilícito como uma infracção deve, no quadro da sua legislação, prestar assistência e cooperação ao Estado solicitante a respeito da infracção, como prevê a presente Convenção”.

<sup>11</sup> A Convenção da ONU Contra a Corrupção foi assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada pela Presidência da República por meio do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. O texto integral da Convenção está disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm)>. Acesso em: 22 maio 2018. A aprovação da Convenção foi justificada pela “gravidade dos problemas” e das “ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito”.

esse delito se sujeite à “[...] constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico”<sup>12</sup>. A justificativa para a adoção da medida encontrar-se-ia no fato de que “[...] o enriquecimento pessoal ilícito pode ser particularmente nocivo para as instituições democráticas, as economias nacionais e o Estado de Direito”<sup>13</sup>.

### 1.1.2 Breve análise dos dispositivos de direito interno: como a conduta é tipificada nos diferentes países do mundo

#### *1.1.2.1 Países da Europa*

Os instrumentos de direito internacional celebrados pelos países europeus em matéria de combate à corrupção não trazem prescrição similar. Com efeito, a Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, assinada em 26 de maio de 1997<sup>14</sup>, e a Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, de 27 de janeiro de 1999, não contemplam igual recomendação de introdução de um tipo penal semelhante nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Isso não quer dizer, todavia, que o continente europeu desconhece o tipo penal de enriquecimento ilícito. Na Europa, merecem destaque os casos de criminalização do enriquecimento ilícito ocorridos na França, na Itália e em Portugal, observando-se que, nesses dois últimos países, os tipos existentes foram declarados inconstitucionais.

A tradição francesa em matéria de enriquecimento ilícito é considerada a mais ampla. Diferentemente da tradição ibero-americana, que tende a situar o crime de enriquecimento ilícito no rol de crimes contra a administração pública, o “crime de não justificação de rendimentos” – assim

---

<sup>12</sup> Conferir, na íntegra, a redação do artigo 20 da Convenção da ONU Contra a Corrupção, que trata do enriquecimento ilícito: “Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele”.

<sup>13</sup> V. o preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

<sup>14</sup> Referida convenção costuma ser designada de “A Convenção contra a corrupção de funcionários”. Apesar de ter sido assinada em 1997, sua entrada em vigor se deu em 28 de setembro de 2005.



como é chamado o delito de enriquecimento ilícito no Direito Francês – constitui um crime assemelhado ao de receptação, para cuja consumação é irrelevante a qualidade especial do sujeito ativo, isto é, se ocupa cargo ou exerce função pública.

O art. 321-6 do Código Penal Francês, incluído pela Lei 2006-64 de 23 janeiro de 2006, tipifica o crime de enriquecimento injustificado daquele que mantém, com habitualidade, relações com autores ou vítimas de infrações penais graves das quais possa ter obtido proveito direto ou indireto, entendidas as infrações penais graves como sendo aquelas a que se comina pena privativa de liberdade mínima de cinco anos. Aqui, o injusto centra-se na falta de justificativa para a origem dos recursos e bens do agente<sup>15</sup>, na ausência da qual é presumido o nexo de causalidade entre a suposta prática de infrações penais antecedentes e o enriquecimento vislumbrado.

Por outro lado, a Itália já vivenciou, por duas vezes, a tipificação do enriquecimento ilícito. O art. 12-*quinqüies*, *secondo comma*, da Lei n. 356/1992 tipificava o enriquecimento injustificado do investigado por determinados crimes taxativamente previstos na própria lei. Já o art. 708 do Código Penal Italiano exigia do sujeito ativo que houvesse sido condenado pela prática de delitos motivados pelo lucro ou por contravenções relativas à prevenção de crimes contra a propriedade. Merece destaque o fato de que os dois tipos exigiam do sujeito ativo do delito uma qualidade especial: ser investigado ou condenado pela prática de determinados crimes, com base no que seria possível presumir a origem ilícita do patrimônio incongruente, para fins de configuração típica. Esses dois dispositivos, todavia, foram declarados inconstitucionais pela Corte Costituzionale. As

---

<sup>15</sup> O art. 321-6 do Código Penal Francês, incluído pela Lei 2006-64 de 23 janeiro de 2006 dispõe que: “*El hecho de no poder justificar los recursos correspondientes a su tren de vida o de no poder justificar el origen de un bien detentado, manteniendo relaciones habituales con una o más personas que se dediquen a la comisión de crímenes o de delitos sancionados al menos con cinco años de privación de libertad y que les reporten un beneficio directo o indirecto, o que sean víctimas de una de estas infracciones, será castigado con una pena de tres años de privación de libertad y multa de 75.000 Euros./ Se castigará con las mismas penas el hecho de facilitar la justificación de recursos ficticios para personas que se dediquen a la comisión de crímenes o de delitos sancionados al menos con cinco años de privación de libertad y que les reporten un beneficio directo o indirecto*”. A tradução do francês para o espanhol foi emprestada de HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, 2006, p. 186.

declarações de inconstitucionalidade basearam-se no fato de que a condição de investigado ou de condenado em procedimento criminal não poderia basear uma presunção de culpabilidade<sup>16</sup>.

O mesmo ocorreu em Portugal<sup>17</sup>. Com efeito, o Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República primeiramente incluiu no Código Penal Português os crimes de enriquecimento ilícito praticado por particulares (art. 335.º-A)<sup>18</sup> e por funcionários públicos (art. 386.º)<sup>19</sup>. Referido decreto também acrescentou à Lei n.º 34/87, de 16 de julho<sup>20</sup> figura típica semelhante relativamente aos titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos (art. 27.º-A)<sup>21</sup>. Todas essas figuras típicas

---

<sup>16</sup> O *secondo comma* do art. 12-*quiquies* da Lei n. 356/1992 foi declarado inconstitucional pela Corte Costituzionale por meio da Sentença n. 48 de 17.2.1994, disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1994/0048s-94.html>>. De outra banda, o art. 708 do Código Penal Italiano foi declarado inconstitucional por meio da Sentença n. 370 de 2.11.1996, disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0370s-96.html>>.

<sup>17</sup> Para uma leitura crítica do enriquecimento ilícito em Portugal, v. DE FARIA COSTA, José Francisco. Crítica à tipificação de enriquecimento ilícito: Plädoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 317-345; CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto de perda de vantagens relacionadas com o crime de confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco 'in rem' e a criminalização do enriquecimento 'ilícito'). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 2, p. 267-321, 2011; ANDRADE, Manuel da Costa. *Enriquecimento ilícito: entre Cila e Caríbdis*, 2011; e CORDERO, Isidoro Blanco. El Delito De Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional português. *Revue électronique de l'AIDP*, A-02, 2013.

<sup>18</sup> O art. 335.º-A foi incluído no Código Penal Português com a seguinte redação: “Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”. O dispositivo previa ainda que a conduta do particular não era punida se o valor da incompatibilidade não excedesse 100 salários mínimos mensais. Por outro lado, o agente era punido com pena de prisão de um a cinco anos acaso o valor da incompatibilidade excedesse 350 salários mínimos mensais.

<sup>19</sup> O art. 386.º foi incluído no Código Penal Português com a seguinte redação: “O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”. Aqui, mantinha-se o valor mínimo abaixo do qual a conduta não era punível, mas aumentava-se a pena até oito anos para o agente que ultrapassasse os 350 salários mínimos mensais.

<sup>20</sup> A Lei n.º 34/87, de 16 de julho aprovou o regime dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos.

<sup>21</sup> A redação do art. 27.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho era semelhante à dos dispositivos incluídos no Código Penal Português pelo Decreto n. 37/XII: “O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”. A esses casos, aplicava-se a mesma regra concernente ao art. 386.º do CP no que diz respeito ao *quantum* do património incongruente. A conduta, portanto, não seria punível se o valor da incompatibilidade não excedesse 100 salários mínimos mensais. Por outro lado, o agente era punido com pena de prisão de um a oito anos acaso o valor da incompatibilidade excedesse 350 salários mínimos mensais.

compartilhavam os mesmos elementos típicos ora sintetizados: i) adquirir, possuir ou deter patrimônio; ii) sem origem lícita determinada; e iii) incompatível com os rendimentos e bens legítimos do agente<sup>22</sup>.

Ao examinar a conformidade constitucional do crime de enriquecimento ilícito, o Tribunal Constitucional português pronunciou a inconstitucionalidade dos dispositivos acima referidos, por violação aos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, 29.º e 32.º, n.º 2 da Constituição daquele país. A decisão foi assentada em três fundamentos essenciais: i) a indefinição do bem jurídico protegido; ii) a indeterminação da ação ou omissão concretamente proibida; e, iii) a violação ao princípio da presunção de inocência<sup>23</sup>.

Insistindo no delito de enriquecimento ilícito, o legislador português tentou contornar as inconstitucionalidades apontadas pelo Tribunal Constitucional mediante a introdução nas leis penais lusitanas de dois novos tipos de enriquecimento ilícito totalmente reformulados, por meio do Decreto n. 369/XII da Assembleia da República. Com efeito, os novos delitos introduzidos no Código Penal e na Lei n.º 34/87, de 16 de julho pelo Decreto n. 369/XII da Assembleia da República distinguiam-se dos antigos crimes previstos no Decreto n. 37/XII, na medida em que aquele decreto: i) alterou a denominação do delito de “enriquecimento ilícito” para “enriquecimento injustificado”; ii) eliminou a incriminação autônoma do delito quando praticado por funcionário público;

---

<sup>22</sup> Para os particulares, entendiam-se como rendimentos e bens legítimos “[...] todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada”. Para os funcionários públicos e agentes políticos, “todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos”.

<sup>23</sup> Os dispositivos do Decreto n. 37/XII que instituíram a incriminação do enriquecimento ilícito no Direito Português foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional por meio do Acórdão TC 179/2012. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>>. Acesso em: 14 de maio 2018. Para uma análise do julgado, conferir: CORDERO, Isidoro Blanco. El Delito De Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional português. *Revue électronique de l'AIDP*, A-02, 2013; COSTA, José Francisco de Faria. Crítica à tipificação de enriquecimento ilícito: Plädoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado. In: LEITE, Alar; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 317-345; e CAEIRO, Pedro. “Quem cabritos vende e cabras não tem...” (sobre a criminalização do enriquecimento ilícito). In: LEITE, Alar; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 353-359.

iii) excluiu as expressões “sem origem lícita determinada” e “se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”; iv) substituiu o conceito “bens legítimos” por “bens declarados ou que devam ser declarados”; e v) elencou expressamente os bens jurídicos que o delito buscava proteger. De feito, o Decreto n. 369/XII criminalizava “[...] quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados”<sup>24</sup>. Ao revisitar a questão, entretanto, o Tribunal

---

<sup>24</sup> As disposições em questão têm o seguinte teor: “Artigo 1.º Alteração ao Código Penal. 1 É aditado à secção II do capítulo I do título V do livro II do Código Penal [...] o artigo 335.ºA, com a seguinte redação: Artigo 335.ºA. Enriquecimento injustificado. 1 Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 3 anos. 2 As condutas previstas no número anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agridem interesses fundamentais do Estado, a confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades. 3 Para efeitos do disposto no n.º 1, entendesse por património todo o ativo patrimonial líquido existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro. 4 Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens declarados, ou que devam ser declarados, todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como os rendimentos e bens objeto de quaisquer declarações ou comunicações exigidas por lei. 5 Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 350 salários mínimos mensais a conduta não é punível. 6 Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 500 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Artigo 2.º Aditamento à Lei n.º 34/87, de 16 de julho. É aditado o artigo 27.ºA à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, sobre crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos [...], com a seguinte redação: “Artigo 27.ºA Enriquecimento injustificado 1 O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 5 anos. 2 As condutas previstas no número anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agridem interesses fundamentais do Estado, a confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades. 3 Para efeitos do disposto no n.º 1, entendesse por património todo o ativo patrimonial líquido existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro. 4 Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens declarados, ou que devam ser declarados, todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como os rendimentos e bens objeto de quaisquer declarações ou comunicações exigidas por lei. 5 Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível. 6 Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.” 5 As normas sob apreciação incluem-se numa medida de política legislativa criminal consistente em aditar um novo tipo legal de crime, com a designação «enriquecimento injustificado», ao Código Penal (artigo 335.ºA) e a uma lei avulsa Lei n.º 34/87, de 16 de julho, que aprova o regime dos crimes da responsabilidade dos titulares de cargos

Constitucional português entendeu que, a despeito das alterações realizadas pelo legislador, persistiam os fundamentos adotados pelo Acórdão TC 179/2012 para declarar a inconstitucionalidade do Decreto n. 37/XII, com base nos quais também reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto n. 369/XII da Assembleia da República<sup>25</sup>.

Diferentemente dos exemplos supracitados, a Espanha optou por não instituir um delito de enriquecimento ilícito, nem mesmo para os funcionários públicos, por entender que referido crime não é compatível com o princípio da presunção de inocência previsto no art. 24 da Constituição espanhola. Segundo as autoridades daquele país, a responsabilização penal do funcionário público só pode se dar mediante a comprovação dos delitos contra a administração pública previstos no respectivo código penal<sup>26</sup>.

#### *1.1.2.2 Países da América Latina*

Diferentemente dos exemplos acima citados, verifica-se, dentre os países latino-americanos, a tendência de incluir o delito de enriquecimento ilícito no rol de crimes contra a administração pública, sujeitando a penas criminais apenas o funcionário público que não oferecer explicações sobre a legitimidade ou licitude do seu estilo de vida e/ou patrimônio incongruentes com seus rendimentos lícitos. A predileção por essa opção legislativa guarda íntima relação com os altos índices

---

políticos ou de altos cargos públicos [doravante, e por razões de brevidade, referir-se-á apenas à «responsabilidade» de titulares de cargos políticos, incluindo-se nesta genérica categoria também os titulares de altos cargos públicos] (artigo 27.ºA)».

<sup>25</sup> Conferir Acórdão n. 377/2015 do Tribunal Constitucional. Disponível em: <[https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/69992910/details/maximized?p\\_auth=9WJ8bcK1](https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/69992910/details/maximized?p_auth=9WJ8bcK1)>. Acesso em: 22 maio 2018.

<sup>26</sup> De acordo com o exame realizado por alguns países europeus sobre a aplicação da Convenção da ONU contra a Corrupção, para as autoridades espanholas “*los delitos no vinculantes contenidos en la Convención contra la Corrupción, el enriquecimiento ilícito no se ha establecido como delito independiente en España, debido a que se considera incompatible con la presunción de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución española y su interpretación por parte del Tribunal Constitucional. Para la determinación de la responsabilidad penal debe probarse que el incremento del patrimonio del funcionario público tiene como origen cualquiera de las conductas tipificadas en el Código Penal*”. UNODC. Informe sobre el examen del país del Reino de España Examen por Bélgica y Lituania sobre la aplicación de parte de España de Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y del Capítulo IV. “Cooperación internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Ciclo de examen 2010 – 2015. Disponível em: < [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013\\_06\\_28\\_Spain\\_Final\\_Country\\_Report.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_06_28_Spain_Final_Country_Report.pdf)>. Acesso em 30 maio 2018.

de corrupção verificados na região<sup>27</sup>. Trata-se, pois, de utilizar a tipificação da conduta como uma técnica de combate à corrupção, mediante o afrouxamento do *standard* probatório necessário a uma condenação criminal, já que, dessa forma, dir-se-ia, permite-se condenar o funcionário público mesmo que não provados os supostos crimes ensejadores do seu enriquecimento às custas do erário, mas tão somente com base na suspeita da proveniência ilícita do patrimônio incongruente. Nesse sentido, a tipificação do enriquecimento ilícito seria uma solução de direito substantivo para um problema de prova.

No Chile<sup>28</sup>, o art. 241-bis do respectivo Código Penal<sup>29</sup> estabelece que o funcionário público que, durante o exercício de seu cargo, obtiver aumento patrimonial significativo e injustificado,

---

<sup>27</sup> Conferir, a propósito dos altos índices de corrupção na região, o Índice de Percepção da Corrupção em 2017, elaborado pela Transparência Internacional e disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/5a86d82132601ecb510239c2/t/5a8dc5b89140b72fa5081773/1519240719239/IPC+2017+-+RE-LATO%CC%81RIO+GLOBAL.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018. A Transparência Internacional é uma organização global e independente, dedicada à luta contra a corrupção. Segundo Rojas Pichler, “[...] *Muchos países han reconocido a la incriminación de los aumentos patrimoniales injustificados como herramienta eficaz para hacer frente a los múltiples problemas de ciertas modalidades de criminalidad. En Latinoamérica, el alto grado de impunidad derivado de los hechos de corrupción pública y los constantes enriquecimientos inexplicables de los miembros de la función pública han tenido respuesta mediante la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, cuyo injusto castiga a todo funcionario que enriquece excesivamente su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones públicas y no puede justificar el origen lícito de dicho incremento*”. ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013, p. 486.

<sup>28</sup> Sobre o delito de enriquecimento ilícito de funcionários públicos no Chile, v. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, p. 183-222, 2006.

<sup>29</sup> Referido dispositivo foi incluído no Código Penal chileno pela Lei 20088, de 2006, que estabelece a obrigatoriedade de declaração patrimonial por parte dos agentes públicos. Confira-se a íntegra do Art. 241-bis do CP: “*El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio./ Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito./La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público./ Si el proceso penal se inicia por denuncia o querella y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código*”. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=245930&idParte=8653645&idVersion=2006-01-05>>. Acesso em: 24 maio 2018.

será penalizado com multa equivalente ao valor do aumento patrimonial indevido e com a pena de desqualificação absoluta temporária para o exercício de funções e cargos públicos. No contexto doméstico, o parâmetro para se avaliar o incremento patrimonial são as declarações patrimoniais a que estão obrigados a prestar todos aqueles que exercem função pública<sup>30</sup>. A incidência do tipo, todavia, é expressamente afastada quando a causa do enriquecimento constitui um dos crimes contra a administração pública previstos no mesmo capítulo do Código. Trata-se, portanto, de tipo penal expressamente subsidiário.

Na Argentina<sup>31</sup>, há três tipos penais previstos no Capítulo IX-*bis* do Código Penal, que trata do “Enriquecimento ilícito de funcionários e empregados”. Todavia, apenas dois deles dizem respeito ao tema ora investigado, tendo em conta que o art. 268 (1) pune o funcionário público que utiliza informação privilegiada de que tem conhecimento em razão do cargo para enriquecer-se. Com efeito, esse delito afasta-se bastante daquilo que se costuma chamar de enriquecimento ilícito ou injustificado. Ao que interessa ao presente estudo, importam apenas os artigos 268 (2) e 268 (3), portanto.

O art. 268 (2) do Código Penal argentino<sup>32</sup> comina pena de prisão de dois a seis anos mais multa de duas a cinco vezes o valor do enriquecimento e inabilitação para o exercício de função

---

<sup>30</sup> São as chamadas *Declaraciones de intereses y de patrimonio*. Confira-se, nesse sentido, a Lei 20088, de 2006.

<sup>31</sup> Sobre o delito de enriquecimento ilícito na argentina, v. SANCINETTI, Marcelo A. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adiós al estado de derecho. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, p. 915-968, 1999.

<sup>32</sup> O dispositivo foi incluído no Código Penal pela Lei 25.188, de 29 de setembro de 1999, a chamada Lei de Ética no Exercício da Função Pública, que estabelece um conjunto de deveres, proibições e incompatibilidades aplicáveis, sem exceção, a todas as pessoas que atuam na função pública em todos os níveis e hierarquias, permanentemente ou transitoriamente, por eleição popular, nomeação direta, por concurso ou por qualquer outro meio jurídico, alargando a sua aplicação a todos os magistrados, funcionários e empregados do Estado (art. 1º). Confira-se, a propósito, a redação do referido dispositivo: “ARTICULO 268 (2) — *Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justifiare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)/ Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban./ La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho. (Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)*”.

pública àquele que, quando devidamente requerido, deixar de justificar a origem de enriquecimento patrimonial apreciável de sua pessoa ou de pessoa interposta para disfarçá-la, o qual tenha ocorrido após a assunção do cargo ou emprego público e até dois anos depois de ter cessado o seu desempenho. Em razão da construção típica adotada, o crime aparentemente assume contornos de um delito omissivo. Por outro lado, o consequente art. 268 (3)<sup>33</sup> pune o funcionário público que omite ou falseia declaração patrimonial que esteja obrigado a prestar em razão do cargo, quando devidamente intimado para tanto. Trata-se, pois, de delito mais próximo ao de sonegação fiscal.

No ordenamento jurídico peruano, o delito de enriquecimento ilícito está previsto no art. 401 do respectivo Código Penal<sup>34</sup>, que prescreve de cinco a dez anos de pena privativa de liberdade ao funcionário ou servidor público que, em razão do cargo, se enriquece ilicitamente. De acordo com o dispositivo em questão, os indícios de enriquecimento ilícito se verificam quando o aumento do patrimônio ou do gasto econômico pessoal do funcionário ou servidor público, relativamente à sua declaração de bens e renda, é notoriamente superior ao que normalmente poderia ter em virtude de seus salários ou emolumentos recebidos, ou do aumento em seu capital, ou de sua renda com qualquer outra origem lícita.

De acordo com o art. 333 do Código Penal de El Salvador, o funcionário, autoridade ou empregado público que, em razão do seu cargo ou de suas funções, obtiver incremento patrimonial injustificado, será punido com pena de prisão de três a dez anos, além de inabilitação para o exercício do cargo ou emprego por tempo correspondente.

---

<sup>33</sup> “ARTICULO 268 (3) — Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo./ El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda./ En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables. (Artículo incorporado por art. 39 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)”.

<sup>34</sup> Eis a redação integral do dispositivo: “Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilicitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años./ Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”. O Código Penal do Peru está disponível em: <[https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07\\_635.pdf](https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07_635.pdf)>. Acesso em: 24 maio 2018.



Na Costa Rica, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça declarou a inconstitucionalidade do artigo 26, incisos *a* e *c* da Lei 6872, de 17 de junho de 1983, que previa o crime de enriquecimento ilícito do funcionário público no exercício do cargo, ou no ano seguinte à sua cessação, que adquirisse bens de qualquer índole ou natureza, sem poder comprovar a origem lícita dos recursos utilizados para esse fim, com exceção do seu salário ou das quantias que poderia ganhar legalmente. Também incorria no mesmo delito aquele que se enriquecesse de qualquer modo como consequência exclusiva do cargo, sem demonstrar a licitude do aumento em sua fortuna ou a verossimilhança das fontes de recursos invocadas. A mencionada declaração de inconstitucionalidade baseou-se na violação ao princípio da presunção de inocência, em razão da inversão do ônus da prova operada pelos tipos legais em comento, que, na prática, impunham ao acusado o fardo de demonstrar a origem lícita dos seus bens ou rendimentos<sup>35</sup>.

Sem pretensão de esgotar a matéria, cumpre ainda registrar que México (art. 224 do CP), Equador (Capítulo VIII do CP), Colômbia (art. 412 do CP), Paraguai (art. 3.1.º, incisos *a* e *b* da Lei 2523 de 2004)<sup>36</sup>, Bolívia (art. 27 da Lei 0034, de 2010<sup>37</sup>) e Panamá (art. 351 do CP), também criminalizam, embora com variações na conformação típica adotada, o enriquecimento ilícito do funcionário público.

No Brasil, não há um tipo penal de enriquecimento ilícito. Não obstante, há várias proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional com vistas a tornar crime o enriquecimento ilícito do funcionário público. A maioria delas é inspirada nas “10 Medidas Contra a Corrupção”.

---

<sup>35</sup> De acordo com a Resolução n. 1707-95 da Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça, “*De los argumentos en que fundamenta el accionante la inconstitucionalidad de la norma, resulta de especial importancia el análisis de la supuesta lesión al principio de inocencia a través de la inversión de la carga de la prueba en contra del imputado*”. Disponível em: <<https://vlex.co.cr/vid/-498521766>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

<sup>36</sup> ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013.

<sup>37</sup> Disponível em: <<https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N4.xhtml>>. Acesso em: 24 de maio 2018.

### *1.1.2.3 Países do Oriente*

No Oriente, também prevalece a tendência verificada nos países latino-americanos de incluir o delito de enriquecimento ilícito no rol de crimes contra a administração pública, sujeitando a penas criminais o funcionário público que não oferecer explicações sobre a proveniência legítima ou lícita do seu estilo de vida e/ou patrimônio incongruentes com seus rendimentos lícitos.

Na China, o delito de “enriquecimento injustificado” do funcionário público é disciplinado pelo art. 395.º do Código Penal daquele país, que faz parte do Capítulo VIII, sobre crimes de corrupção. Segundo referido dispositivo

[...] qualquer funcionário do Estado cujos bens ou despesas manifestamente excedam os seus proventos legítimos, se tal diferença -for muito grande, pode ser notificado para explicar a proveniência dos bens. Se não conseguir explicar a proveniência legítima, a parte que exceda os seus legítimos proventos será considerada como ganho ilegal, será condenado em pena de prisão não superior a cinco anos ou em detenção criminal e recuperada a parte que exceda os legítimos rendimentos<sup>38</sup>.

São duas as notas distintivas desse dispositivo. Primeiro, há previsão da notificação do funcionário público para explicar a proveniência dos bens ou gastos que excederem os seus proventos legítimos, na ausência da qual configura-se o crime e o funcionário é submetido à pena privativa de liberdade e ao perdimento do patrimônio incongruente. Ademais, o legislador consignou expressamente que pequenas divergências entre a riqueza verificada e os provimentos legítimos do funcionário não têm relevância penal. Dessa forma, não basta, para a configuração típica, que haja discrepância entre os bens e gastos do funcionário e os seus rendimentos legítimos. Tal diferença deve ser “muito grande”. Aqui, o legislador entendeu que essas pequenas diferenças, apesar de não satisfatoriamente justificadas, são insuficientes para se presumir a origem espúria do patrimônio do funcionário público.

---

<sup>38</sup> Tradução de PEREIRA, Júlio. O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal. *Boletim do CCAC*, n. 7, setembro de 2003. Também publicado em *Polícia e Justiça*, III Série, n. 8, 2006, p. 43ss.

Similar a esse dispositivo, é o artigo 28º da Lei 11/2003, de 28 de julho da Região Administrativa Especial de Macau<sup>39</sup>, que consagra a obrigatoriedade de os titulares de cargos públicos e trabalhadores da administração pública apresentarem uma declaração de bens patrimoniais e interesses. Referido dispositivo prevê, sob a rubrica do delito de “riqueza injustificada”, pena de prisão de até três anos ou multa para

[...] os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita<sup>40</sup>.

Nesse caso, conforme a segunda parte do dispositivo legal, o património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada estão sujeitos à declaração de perdimento em favor da Região Administrativa Especial de Macau.

No mesmo sentido, há a Seção 10 do Capítulo 201 do *Prevention of Bribery Ordinance* de Hong-Kong<sup>41</sup>, que prevê o delito de “*possession of unexplained property*” para funcionários ou ex-funcionários públicos que mantiverem um estilo de vida ou estiverem em posse de recursos ou bens

---

<sup>39</sup> Para uma análise aprofundada do artigo 28º da Lei 11/2003, de 28 de julho da Região Administrativa Especial de Macau, v. GODINHO, Jorge A. F. Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28º da Lei n.º 11/2003, de 28 de julho). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n. 24, 2007, p. 17ss.

<sup>40</sup> Nos termos da referida lei, são obrigados a apresentar uma declaração de bens patrimoniais e interesses os titulares de cargos públicos e trabalhadores da Administração Pública. Consideram-se titulares de cargos públicos (art. 2): “1) O Chefe do Executivo e os titulares dos principais cargos; 2) Os deputados à Assembleia Legislativa; 3) Os magistrados; 4) Os membros do Conselho Executivo; 5) O pessoal de direcção e chefia dos serviços da Administração Pública, incluindo os serviços e fundos autónomos e demais institutos públicos, bem como o presidente e os membros de órgãos de direcção, administração, gestão e fiscalização dos mesmos; 6) Os titulares de órgãos de administração e fiscalização de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público, bem como de empresas concessionárias de bens do domínio público; 7) Os administradores por parte da Região Administrativa Especial de Macau e os delegados do Governo; 8) Os titulares de demais cargos equiparados a direcção e chefia, nomeadamente chefes de gabinete e assessores”. Por outro lado, consideram-se trabalhadores da Administração Pública, nela se incluindo os serviços e fundos autónomos e os demais institutos públicos (art. 3): “1) Os funcionários de nomeação definitiva ou em comissão de serviço; 2) Os agentes de nomeação provisória ou em regime de contrato além do quadro; 3) O pessoal contratado que preste trabalho subordinado; 4) O pessoal civil ou militarizado das Forças de Segurança de Macau; 5) O pessoal alfandegário”. A íntegra do texto legal está disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/2003/30/lei11.asp>>. Acesso em 23 de maio 2018.

<sup>41</sup> Disponível em: <[https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap201?xid=ID\\_1438402824845\\_003&m=1&pm=0&pmc=1](https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap201?xid=ID_1438402824845_003&m=1&pm=0&pmc=1)>. Acesso em: 23 maio 2018.

incompatíveis com os seus emolumentos oficiais, a não ser que consigam oferecer explicação satisfatória sobre o seu estilo de vida e a origem desses recursos, caso em que não estará configurada a ofensa<sup>42</sup>.

Merece atenção o fato de a parte final desse dispositivo também prever que, diante da condenação de um *Chief Officer* pela prática do delito de enriquecimento injustificado, os bens que estiverem em posse de terceiros com os quais o acusado mantenha relacionamento serão presumidos de propriedade do acusado, caso haja razões para acreditar que essas pessoas estavam possuindo bens em nome do acusado ou adquirido tais recursos como um presente a ele e não houver prova em contrário<sup>43</sup>.

## **1.2 A tendência verificada no direito comparado: tipificação do enriquecimento ilícito do funcionário público como um “crime de suspeita”**

A partir do contexto acima delineado, é possível identificar algumas tendências presentes no direito comparado em matéria de enriquecimento ilícito no âmbito penal.

A tipificação da conduta prevalece em países de pouca maturidade democrática e em que há baixo grau de confiabilidade nas instituições públicas<sup>44</sup>. Não raras vezes, esses fatores se fazem

---

<sup>42</sup> O artigo 28 da Lei 11/2003 prevê que “(1) Any person who, being or having been the Chief Executive or a prescribed officer — (Amended 14 of 2003 s. 17; 22 of 2008 s. 4) (a) maintains a standard of living above that which is commensurate with his present or past official emoluments; or (b) is in control of pecuniary resources or property disproportionate to his present or past official emoluments, shall, unless he gives a satisfactory explanation to the court as to how he was able to maintain such a standard of living or how such pecuniary resources or property came under his control, be guilty of an offence”.

<sup>43</sup> Segundo a parte 2 do art. 28 da Lei 11/2003: “Where a court is satisfied in proceedings for an offence under subsection (1)(b) that, having regard to the closeness of his relationship to the accused and to other circumstances, there is reason to believe that any person was holding pecuniary resources or property in trust for or otherwise on behalf of the accused or acquired such resources or property as a gift from the accused, such resources or property shall, in the absence of evidence to the contrary, be presumed to have been in the control of the accused. (Added 9 of 1974 s. 3. Amended 48 of 1996 s. 3)”.

<sup>44</sup> De acordo com Basualto “[...] En este contexto, en el cual la existencia de un delito de enriquecimiento ilícito parece obedecer sólo a las deficiencias institucionales y a una cierta precariedad del Estado de Derecho en países en vías de desarrollo”. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, p. 183-222, p. 196.

acompanhar de altos índices de corrupção. Com efeito, a incorporação do delito de enriquecimento ilícito ao direito interno verifica-se como uma tendência na América Latina<sup>45</sup>. Na contramão dessa tendência, países com maior tradição democrática e apego aos princípios constitucionais fundamentais têm rejeitado a tipificação do delito (EUA, Canadá e Espanha) ou então declarado inconstitucionais os tipos penais introduzidos pelo legislador (Portugal e Itália). Some-se a isso o fato de que os instrumentos de direito internacional celebrados pelos países europeus em matéria de combate à corrupção não prescrevem a tipificação dessa conduta.

Ademais disso, a tipificação do enriquecimento ilícito geralmente se dá na modalidade de um crime próprio contra a administração pública, em cujas penas só podem incorrer funcionários públicos ou pessoas interpostas, o que denota a introdução do delito como mais uma medida de combate à corrupção<sup>46</sup>. Na verdade, a instituição de um delito de enriquecimento ilícito está inserida no contexto das estratégias patrimoniais de combate à criminalidade<sup>47</sup>, ao lado de institutos como o crime de financiamento do terrorismo, o delito de lavagem de dinheiro, o confisco das vantagens do crime nas formas clássica e alargada e os mecanismos de prevenção e detecção aplicáveis a certas atividades<sup>48</sup>.

Na maioria dos países, como se vê, o injusto do enriquecimento ilícito se configura mediante a reunião dos seguintes elementos: a) posse ou detenção, pelos obrigados à declaração (funcionários públicos) ou interposta pessoa; b) de bens ou rendimentos; e, c) superiores (ou anormalmente superiores) aos indicados nas declarações patrimoniais presentes ou passadas. De acordo

---

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, p. 183-222, 2006, p. 194-195.

<sup>46</sup> Como visto, as convenções de direito internacional que preveem a tipificação do enriquecimento ilícito fazem-no com o objetivo de coibir a prática de “atos de corrupção” por parte de funcionários públicos no exercício de cargos ou funções públicas.

<sup>47</sup> Nesse sentido, CORDERO, Isidoro Blanco. El Delito De Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués. *Revue électronique de l’AIDP*, A-02, 2013; e GODINHO, Jorge A. F., The Recent Evolution of Financial Strategies of Crime Control in the Macau SAR [Estratégias Patrimoniais de Combate a Criminalidade]: O Estado Actual na Região Administrativa Especial de Macau, 7 abril 2009. In: ALVES, Leonel Alves; CARDINAL, Paulo (Ed.). *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

<sup>48</sup> V., exemplificativamente, o Capítulo V da Lei 9.613, de 3 de março de 1998, que trata das pessoas sujeitas ao controle do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

com a tendência verificada no direito comparado, a esses elementos constitutivos do injusto de enriquecimento ilícito, soma-se mais um elemento: d) elemento negativo do tipo, cuja função é afastar a configuração da ofensa nos casos em que há demonstração da origem lícita ou legítima do patrimônio excedente. Tal elemento negativo do tipo é comumente alçado à categoria de excludente de ilicitude<sup>49</sup>.

Na prática, a prova da origem lícita ou legítima do patrimônio excedente sempre caberá ao demandado, mesmo havendo previsão em sentido expressamente contrário, tendo em conta o caráter “diabólico” dessa prova para a acusação. É justamente em razão desse específico elemento que o crime de enriquecimento ilícito, formulado segundo a conformação típica acima descrita, não configura um delito de natureza omissiva, pois bastaria, assim o fosse, que houvesse declaração dos valores excedentes ou o fornecimento da justificativa requerida para que fosse afastado o crime, independentemente da comprovação da licitude ou da legitimidade de sua origem e mesmo que o enriquecimento fosse, comprovadamente, fruto de práticas ilícitas<sup>50</sup>. Seria, portanto, irrelevante o conteúdo das justificativas apresentadas.

Por fim, necessário registrar que as consequências para o crime costumam conglobar pena de prisão, multa e o confisco do patrimônio não justificado.

---

<sup>49</sup> Nesse sentido, a respeito do crime de enriquecimento ilícito em Macau, v. PEREIRA, Júlio. O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal. *Boletim do CCAC*, n. 7, setembro de 2003. Também publicado em *Polícia e Justiça*, III Série, n. 8, 2006, p. 43ss. De acordo com o autor, nem sempre, todavia, resta claro que o referido elemento constitui uma causa excludente de ilicitude, confundindo-se com um elemento positivo do tipo negativamente formulado, a depender da conformação típica adotada. Ainda segundo o autor, entretanto, a demonstração da origem lícita ou legítima do patrimônio incongruente sempre configura uma causa excludente de ilicitude.

<sup>50</sup> Nesse sentido, v. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, 2006, p. 206-209. Segundo o autor: “*Pero, además, la tesis del delito de omisión, en sí misma, no resiste un análisis detenido si la lleva hasta sus últimas consecuencias. En efecto, si realmente se tratara de un delito de omisión, esto es, si realmente se castigara por la pura infracción del deber, sin consideración a la conducta previa de enriquecimiento, entonces debería ser indiferente el contenido de la explicación que diera el funcionario: si ha sido completa debería seguirse de ella la impunidad, siempre. Pero ciertamente no es así, pues determinadas explicaciones –precisamente aquéllas que se sospechan y que están en el origen del delito– dan lugar al castigo aún más severo del funcionario, demostrando que constituyen el verdadero objeto de la figura, en tanto que la “omisión” no es más que un mecanismo de inversión de la carga de la prueba*”.

Nesses termos, o crime de enriquecimento ilícito corresponde ao que a doutrina denomina de “crime de suspeita”<sup>51</sup>. Nesse tipo de delito, os elementos descritos no tipo penal incriminador formam a base da presunção do cometimento de outros fatos, geralmente criminosos, que não estão descritos no preceito primário do tipo penal. Ao fim e ao cabo, pune-se, através desse tipo de delito, a suspeita da prática desses fatos, apesar de não provados. De acordo com Ferrajoli, os “crimes de suspeita” são

[...] tipos penais que não consistem em condutas consideradas pela lei em si mesmas como lesivas de bens jurídicos, mas sim como suficientes, em circunstâncias idôneas e acompanhadas por determinadas condições pessoais como a de suspeito ou reincidente, para suscitar a suspeita (de delitos cometidos mas não provados ou de delitos nem sequer cometidos)<sup>52</sup>.

O direito brasileiro comporta ao menos um exemplo de “crime de suspeita”, mas em forma de contravenção penal. É a posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941), que prevê pena de prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis, para aquele que tem em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima.

Aqui, presume-se que os instrumentos carregados pelo agente serão utilizados para a prática de furtos. A base da presunção é formada pelas qualidades do sujeito – ser mendigo, vadio ou condenado por crime de furto ou roubo –, e dos instrumentos – gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto. Referida presunção, todavia,

---

<sup>51</sup> A categoria foi cunhada por Manzini, na Itália. Sobre o enriquecimento ilícito como um crime de suspeita, v. GODINHO, Jorge A. F. Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28º da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n. 24, 2007, p. 17ss; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 33, p. 439-463, mar. 1994; GARCÍA PÉREZ, Octavio. Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia: los artículos 483 y 485 CP. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 2, p. 629-678, 1993; e BADARÓ, Gustavo Henrique. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, ano 1, n. 1, p. 50-75, 2013.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

é passível de ser desconstituída caso o agente “prove a destinação legítima” dos instrumentos carregados consigo.

A propósito do tema, registre-se que o Supremo Tribunal Federal declarou que o referido dispositivo, de 1941, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal<sup>53</sup>.

No que interessa ao presente tópico, no sentido de que a ocorrência da conduta que se pretende punir é presumida, vale conferir as precisas palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello no julgamento do RE 583.523, em que se declarou a não recepção da contravenção de “[...] posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto” (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941). De feito, para o eminente Ministro, “[...] o dispositivo em comento encerra o crime por presunção”:

---

<sup>53</sup> Conferir o RE 583523, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03.10.2013, DJe de 21.10.2014. Sobre o ponto, merece destaque o voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, no sentido de que “[...] acolher o aspecto subjetivo como determinante para caracterização da contravenção penal equivale a criminalizar, em verdade, a condição pessoal e econômica do agente, e não fatos objetivos que causem relevante lesão a bens jurídicos importantes ao meio social. Nesse sentido, deve-se inadmitir infração penal que privilegia o direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. [...] Vê-se claramente que interpretações dessa natureza não se destinam a fatos, mas a determinadas espécies de autores, incriminando-as não pela prática de fatos delituosos, mas porque, na avaliação subjetiva do legislador, determinados agentes que representam “alto risco” para a sociedade ou então porque há suspeitas de que podem destinar-se à prática de crimes”. Conquanto a questão tenha sido definida em razão dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, vários Ministros salientaram que a construção típica em debate – embora sem referências à nomenclatura desenvolvida por Manzini de “crimes de suspeita” – não encontra conformidade com a Constituição por importar violação ao princípio da presunção de inocência. Segundo o saudoso Min. Teori Zavaski: “Quanto ao tema de fundo, Senhor Presidente, a tipificação penal, constante do artigo 25 da Lei das Contravenções Penais, ao fim e ao cabo, não é pela conduta de portar consigo determinado instrumento, utensílio ou coisa, mas sim pela conduta de não produzir determinada prova, ou seja, a prova da destinação legítima da coisa portada. Realmente, se feita essa prova, nada mais interessa. Assim, o que se está incriminando, tipificando, é a conduta de não produzir determinada prova, aliada à condição do agente de ser vadio, ou mendigo, ou de ter sido anteriormente condenado por determinados delitos contra o patrimônio, ou de estar sob o regime de liberdade vigiada. Trata-se de tipificação penal incompatível com o princípio da presunção de inocência e o princípio da isonomia em face da Lei Penal, representando tratamento normativo penal manifestamente discriminatório”. O ponto também foi observado pelo Min. Luiz Fux, para quem: “[...] como o Direito Penal visa à reabilitação também do condenado, é extremamente severo imputar a ele, por presunção, a prática eventual ou potencial de um ilícito pelo fato de portar um instrumento, salvo se ele comprovar que teria outra finalidade. E como se destacou aqui, em diversas vozes, há realmente uma inversão do ônus da presunção de inocência, e que efetivamente é útil sob esse ângulo”. Nesse mesmo sentido, foram os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello.



[...] o preceito me trouxe à mente uma máxima popular que não se coaduna com o nosso sistema do Direito Penal: "Cesteiro que faz um cesto faz um cento." O dispositivo em comento encerra o crime por presunção. Implica o tratamento diferenciado, presente cidadão que já teria prestado contas à Justiça, por ter sido condenado anteriormente por crime de furto ou roubo. Uma coisa é considerar-se, sob a óptica da reincidência, o perfil do condenado. Algo diverso é estabelecer-se tipologia a partir do fato de já se ter prestado contas à Justiça<sup>54</sup>.

A infração penal prevista no artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 encontra correspondência no art. 707 do Código Penal da Itália<sup>55</sup>, que também foi declarado inconstitucional pela Corte Constitucional italiana, por meio da Sentença n. 14, de 1971, na parte em que exigia as condições pessoais de condenado por mendicância, de admoestado, de submetido à medida de segurança pessoal ou à caução de boa conduta. A doutrina também classifica como crime de suspeita o delito previsto no art. 708 do Código Penal italiano<sup>56</sup>, que trata da posse injustificada de valores que não condizem com o estado do possuidor, quando se tratar de indivíduo já condenado por crime ou contravenção determinados por motivo de lucro. A respeito desses dois delitos, Giulio Battaglini bem observa que “[...] na realidade o que ocorre nesses casos é a *presunção de ação, se bem que indeterminada*: a suspeita, no tocante, v.g., ao art. 708, pode ser eliminada pela prova da legitimidade da posse”<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Voto do Min. Marco Aurélio Mello no RE 583523, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03.10.2013, DJe de 21.10.2014. Cabe apontar ainda que o Ministro vai mais além da ofensa ao princípio da isonomia, ao reconhecer também a violação ao princípio da presunção de inocência: “Mais do que isso, como ressaltado da tribuna, tem-se a inversão do ônus da prova. O condenado anteriormente por crime de furto ou roubo, portando uma dessas ferramentas mencionadas – e se alude ao vocábulo “usualmente” –, utilizadas na prática de crime de furto, deve provar a inocência. Conflita, Presidente, o preceito – e é uma pérola em termos de conflito –, com o sistema penal e, mais do que isso, com o princípio constitucional da não culpabilidade”.

<sup>55</sup> “Art. 707. *Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli. Chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, o per mendicizia, o essendo ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione è punito con l'arresto da sei mesi a due anni.*”

<sup>56</sup> “Art. 708. *Possesso ingiustificato di valori. Chiunque, trovandosi nelle condizioni personali indicate nell'articolo precedente, è colto in possesso di denaro o di oggetti di valore, o di altre cose non confacenti al suo stato, e dei quali non giustifichi la provenienza, è punito con l'arresto da tre mesi a un anno.*”

<sup>57</sup> BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Edição Saraiva, 1964, p. 172. O autor também reconhece a possibilidade de se presumir ação determinada e cita, como exemplo, o art. 37, parágrafo 2º, da Lei italiana n. 195 de 8/7/1924.

No caso específico do enriquecimento ilícito, a qualidade de funcionário público, a posse ou detenção, ainda que por interposta pessoa, de bens ou rendimentos superiores ao patrimônio indicado nas declarações a que está obrigado formam a base da presunção da origem ilícita do patrimônio excedente, no sentido de que o enriquecimento verificado é – provavelmente – fruto do cometimento de crimes contra a administração pública, os quais, entretanto, não são expressamente compreendidos pelo tipo penal<sup>58</sup>. Diga-se, ainda, que essa é uma presunção *iuris tantum* passível de desconstituição pelo demandado mediante uma contraprova, conforme permite o elemento negativo do tipo, que afasta o crime quando reste suficientemente provada a origem lícita ou legítima do patrimônio incongruente.

Segundo Rojas Pichler,

[...] de acuerdo a su estructura típica, no cabe duda de que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de sospecha, en cuanto presume la comisión por parte del funcionario de hechos de corrupción que no pueden ser probados, ya sea por un vacío legal, por faltas de pruebas o por la ineficiencia de los órganos de persecución penal. La presunción sobre la que se sustenta el tipo es «iuris tantum o relativa», pues permite al funcionario presentar pruebas suficientes que hagan desvirtuar la sospecha que pesa en su contra mediante la justificación de que su enriquecimiento patrimonial proviene de fuentes lícitas. Basta que concurran los elementos objetivos descritos en el tipo que sirven de base a la presunción legal establecida por el legislador, más la no justificación del funcionario para que la pena sea aplicada al mismo. A contrario sensu, si justifica el origen lícito de su enriquecimiento destruye el enlace entre indicios y hecho presunto inferido en el tipo y su conducta resulta atípica. Esta técnica legislativa debe censurarse porque no centra la responsabilidad penal en un hecho delictivo concreto atribuido al funcionario, sino en la mera sospecha de haber cometido un delito que queda indeterminado, lo cual vulnera los principios de culpabilidad y seguridad jurídica<sup>59</sup>.

A essa altura, convém enfatizar que a adoção dessa tipologia incriminadora – “o crime de suspeita” – é uma forma de resolver problemas de ordem probatória por meio da adoção de uma solução de direito substantivo, pois desincumbe a acusação do ônus de provar, para além da dúvida

---

<sup>58</sup> Mesmo porque seria inútil tal previsão, uma vez que o crime de enriquecimento ilícito se tornaria absolutamente inócuo. Bastaria ao Estado, então, provar a prática dos outros crimes, em vez do enriquecimento injustificado.

<sup>59</sup> ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013, p. 489.

razoável, a origem criminosa do enriquecimento, distribuindo o ônus da prova, no ponto, ao demandado, para fins de exclusão do crime. Dessa forma, a discussão quanto à ocorrência ou não dos fatos criminosos ensejadores do enriquecimento desloca-se para o plano de fundo e passa a ocorrer indiretamente – e sempre por iniciativa do demandado –, contentando-se a acusação em provar os elementos efetivamente descritos no tipo, isto é, a existência do patrimônio incongruente, a partir do que se presume a origem espúria desses bens ou recursos. Por isso, diz-se que os crimes de suspeita estão situados na interseção do plano processual com o plano de direito substantivo<sup>60</sup>. Pela complexidade e relevância que assume, a questão será melhor examinada adiante em tópico próprio (cf. ponto 2.2.3).

Por isso mesmo, a tipificação do enriquecimento ilícito vem sendo prometida como uma forma de acabar com a impunidade dos crimes contra a administração pública, mediante a punição do funcionário público suspeito de ser “corrupto”<sup>61</sup>. Com efeito, os delitos contra a administração pública são de difícil comprovação, pois geralmente não deixam vestígios e são praticados de forma sub-reptícia.

Apesar de sua conveniência de ordem prática, a tipificação do enriquecimento ilícito, tal como adotada pela maioria dos países que incriminam a conduta, não se coaduna com os princípios básicos de direito penal, os quais formam a base de toda incriminação que se pretende legítima<sup>62</sup>. É o que será examinado na sequência.

---

<sup>60</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio. Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia : los artículos 483 y 485 CP. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 2, 1993, p. 633.

<sup>61</sup> “El delito de enriquecimiento ilícito se aplica cuando no puede probarse el acto ilícito generador del excesivo enriquecimiento del funcionario, de ahí que la doctrina sostenga de forma contundente su consideración de delito subsidiario. Desde esta perspectiva, el delito de enriquecimiento ilícito estaría incriminando comportamientos post-delictivos en fase de agotamiento de un previo delito contra el ejercicio de las funciones públicas que no puede acreditarse judicialmente, pues de lo contrario, si el hecho punible generador del enriquecimiento queda demostrado debería aplicarse el delito específico previsto en el código penal que lo contempla y sanciona”. PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013, p. 489.

<sup>62</sup> Nesse sentido: SANCINETTI, Marcelo A. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adiós al estado de derecho. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, p. 915-968, 1999.

## PARTE 2 – A incompatibilidade entre o modelo adotado e os princípios gerais do Direito Penal

### 2.1 Violação ao princípio da culpabilidade

A culpabilidade é um conceito de natureza dúplice. De um lado, enquanto categoria da teoria do delito, constitui fundamento e medida da pena. De outro, na qualidade de um preceito de política criminal, constitui limite político-criminal do *jus puniendi* estatal<sup>63</sup>. A culpabilidade é, portanto, fundamento, medida e limite da pena<sup>64</sup>.

Em que pese esse ser um conceito em erosão, fortemente “bombardeado” por parte da doutrina penal<sup>65</sup>, não há como negar que a culpabilidade desempenha papel relevantíssimo na contenção do poder punitivo estatal<sup>66</sup>. Com efeito, é possível atribuir ao princípio da culpabilidade em sua acepção político-criminal as seguintes funções limitadoras da violência estatal: i) possibilitar a imputação subjetiva do fato; ii) excluir a responsabilidade objetiva pelo resultado; iii) diferenciar os graus de adesão subjetiva à conduta delituosa; e, iv) garantir a proporcionalidade das consequências jurídico-penais do crime<sup>67</sup>. No que interessa ao presente estudo, desnecessário perquirir sobre as características da culpabilidade enquanto elemento do crime, bem como sobre todas as

---

<sup>63</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?. *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 235-240, 1982; e VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 33, 1994, p. 443-446. Aqui, fala-se em *princípio da culpabilidade*.

<sup>64</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165-166.

<sup>65</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?. *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 233-244, 1982.

<sup>66</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?. *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 233-244, 1982.

<sup>67</sup> Nesse sentido: HASSEMER, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?. *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 235-240, 1982; ROXIN, Claus. Qué queda de la culpabilidad en derecho penal. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 30, p. 673-675, 1986; e VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 33, 1994, p. 443-446.

funções que normalmente lhe são atribuídas na limitação do exercício do poder punitivo estatal, bastando um melhor exame, ainda que conjugado, das duas primeiras descritas.

De acordo com a doutrina tradicional, a culpabilidade pressupõe um homem livre capaz de entender o conteúdo proibitivo da norma e de orientar-se conforme lhe determina essa mesma norma. Referido conceito gira em torno da capacidade humana de orientar resultados por meio de ações ou omissões volitivas, possibilitando a vinculação entre um fato e o seu autor, mediante a demonstração de dolo ou culpa. Nessa conformação de ideias, a culpabilidade constitui um juízo de reprovação daquele que poderia atuar de outro modo, mas não o fez. Será culpável o sujeito que, mesmo capaz de entender o caráter ilícito da conduta proibida e, podendo se orientar conforme o direito, “escolhe” violar a norma, mediante prática da ação ou da omissão proibida<sup>68</sup>. Em que pese as controvérsias relativamente à concepção exposta<sup>69</sup>, a maioria das teorias sobre a culpabilidade igualmente pressupõe um direito penal do fato<sup>70</sup>, o que importa na exclusão da possibilidade de incriminação de opiniões, simples manifestações de pensamento, estilos de vida, características pessoais e tudo aquilo que não pode ser empiricamente constatado e provado, inclusive condutas presumidas. Em resumo, a culpabilidade não se coaduna com toda e qualquer aproximação a um direito penal do autor<sup>71</sup>. Se, por um lado, a culpabilidade permite a imputação subjetiva e pressupõe

---

<sup>68</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 799.

<sup>69</sup> Fugiria ao escopo do presente trabalho expor cada um dos problemas em que incorre essa concepção da culpabilidade. Para leituras mais aprofundadas acerca do tema: HASSEMER, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?. *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 233-244, 1982; ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 799-800; e ROXIN, Claus. Qué queda de la culpabilidad en derecho penal. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 30, p. 671-692, 1986.

<sup>70</sup> Nesse sentido, v. MARTÍNEZ, Rosario de. Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 33, 1994, p. 444. Para o autor, “*el Derecho penal debe partir del dogma del hecho*”. Com efeito, “[...] o princípio hoje indiscutivelmente aceite em matéria de dogmática jurídico-penal e de construção do conceito de crime é o de que todo o direito penal é direito penal do facto, não direito penal do agente”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 236.

<sup>71</sup> Segundo TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 419, “[...] O sujeito não ingressa no conceito de culpabilidade por seus defeitos de caráter, conduta de vida ou mediante a formulação de juízos éticos ou normativos. Sua participação se torna relevante à medida em que, com sua análise diante do fato, a conduta deixe de ser caracterizada como conduta criminosa”.

um direito penal do fato, por outro, obsta a imputação objetiva de resultados desvinculados de um agir culposos ou doloso.

Ocorre que o delito de enriquecimento ilícito acaba por se desvincular de um direito penal do fato, permitindo, ao fim e ao cabo, a responsabilização do agente que tenha agido sem dolo ou culpa ou mesmo que sequer tenha efetivamente cometido os delitos presumidos a partir das suspeitas levantadas pela incongruência patrimonial verificada<sup>72</sup>, uma vez que nem sempre o enriquecimento do funcionário público, conquanto injustificado, tem origem ilícita e, ainda que o tenha, não necessariamente encontra correspondência na prática de crimes contra as funções públicas<sup>73</sup>. A bem na verdade, nesse contexto, a suposta origem espúria, criminosa, do enriquecimento é presumida, o que igualmente importa dizer que a culpabilidade do agente também é presumida. Assim, a imputação proporcionada pelo referido delito assume contornos de responsabilidade penal objetiva. Nessa conformação de ideias, o delito de enriquecimento ilícito não se coaduna com o princípio da culpabilidade<sup>74</sup>.

Com efeito, o delito de enriquecimento ilícito é “[...] um crime que não se baseia numa ação ou omissão, mas apenas numa situação ou estado em que o arguido é encontrado, qual seja, a posse de bens de origem não explicada”<sup>75</sup>. Nessa conformação de ideias, tem-se que “[...] A reacção penal fundamenta-se apenas na suspeita da prática de outros crimes, de que o patrimônio superior ao

---

<sup>72</sup> Por todos, v. SANCINETTI, Marcelo A. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adios al estado de derecho. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, 1999, p. 925-926.

<sup>73</sup> Por todos, v. ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013, p. 423-430.

<sup>74</sup> Nesse sentido, v. exemplificativamente: MARTÍNEZ, Rosario de. Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 33, 1994, p. 451; GARCÍA PÉREZ, Octavio. Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia: los artículos 483 y 485 CP. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 2, p. 629-678., mai./ago. 1993; e ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013, p. 441-447

<sup>75</sup> GODINHO, Jorge A. F. Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28º da Lei n.º 11/2003, de 28 de julho). In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n. 24, 2007, p. 27.

declarado será um indício”<sup>76</sup>. É que o injusto se perfectibiliza independentemente da constatação da ação ou omissão que tenha ocasionado o enriquecimento, contentando-se apenas com a “[...] constatação da existência de um patrimônio superior ao declarado”<sup>77</sup>. É, portanto, “[...] *uma* reacção penal sem facto, *ou uma reacção penal de suspeita*”<sup>78</sup>.

De acordo com Godinho:

[...] O crime de riqueza injustificada limita-se a descrever os pressupostos de uma *suspeita* ou *alegações de corrupção* em relação a uma pessoa, com o que se descreve o que a pessoa alegadamente é (*in casu*, funcionário público corrupto), mas não o que a pessoa *fez* em certo dia local e hora<sup>79</sup>.

Referindo-se ao art. 282 (2) do Código Penal Argentino, Sancinetti também afirma que o delito de enriquecimento de enriquecimento ilícito não pune nenhuma conduta comissiva ou omissiva, mas sim apenas situação considerada suspeita:

[...] El segundo caso es el del criticable art. 268 (2) C.P. En la práctica, sólo a esta disposición se llama ‘delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público’. ¿Por qué sólo ésta y no también a la anterior? Porque en esta segundo caso no se describe como punible, em rigor, ninguna conducta, no se identifica un hecho que haya cometido el funcionario, ni se le prueba, ni se le imputa siquiera nada. El lugar que debería ocupar un hecho contrario a la ley, pasa a ocuparlo una ‘situación equis’ (en el caso: um enriquecimiento al menos aparentemente ‘apreciable’) que se considera ‘sospechosa’ como tal, y con ello se obliga al funcionario a desvirtuar la sospecha; si no la desvirtua, es penado como si hubiera cometido un delito<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> GODINHO, Jorge A. F. Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28º da Lei n.º 11/2003, de 28 de julho). In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n. 24, 2007, p. 27.

<sup>77</sup> GODINHO, Jorge A. F. Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28º da Lei n.º 11/2003, de 28 de julho). In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n. 24, 2007, p. 27.

<sup>78</sup> GODINHO, Jorge A. F. Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28º da Lei n.º 11/2003, de 28 de julho). In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n. 24, 2007, p. 28.

<sup>79</sup> GODINHO, Jorge A. F. Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28º da Lei n.º 11/2003, de 28 de julho). In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n. 24, 2007, p. 28.

<sup>80</sup> SANCINETTI, Marcelo A. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adiós al estado de derecho. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, 1999, p. 925.

É patente, pois, a violação ao princípio da culpabilidade operada pela conformação típica predominante no direito comparado para a criminalização do enriquecimento ilícito. A toda evidência, se o fato criminoso que teria dado origem ao incremento patrimonial é presumido a partir da constatação de uma mera suspeita, a culpabilidade pelo fato também o é, e a responsabilidade penal do agente pelo enriquecimento afigura-se como objetiva.

A propósito do tema, vale mencionar que, ao julgar a inconstitucionalidade dos delitos de enriquecimento ilícito previstos no art. 37/XII da Assembleia da República de Portugal, o Tribunal Constitucional Português deixou de se manifestar a respeito de que o referido delito não criminaliza uma ação ou omissão determinada, o que foi objeto de crítica por José de Faria Costa<sup>81</sup>. Posteriormente, ao se debruçar sobre a inconstitucionalidade dos delitos introduzidos pelo Decreto 369/XII da Assembleia da República portuguesa, o Tribunal Constitucional daquele país reconheceu que o delito criminaliza apenas um “[...] estado de coisas reportado a uma situação objetiva de incompatibilidade”, o que constituiria uma “deficiência na construção legislativa do tipo”, pois “[...] fica-se logo por esse motivo sem saber em que é que consiste, com o mínimo de determinação exigível,

---

<sup>81</sup> Segundo o autor, o Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão de 2012, deixou escapar o fato de que “[...] nas mencionadas disposições [do Decreto 37/XII] o legislador funda a punibilidade não sobre um concreto e específico *factum* – *factum comissionis* ou *factum omissionis* – digno e necessitado de ser jurídico-penalmente proibido, mas unicamente sobre a mera existência de um qualquer *status incommodus*. Trata-se, pois, de um crime de um crime de ‘estado’, cujo conteúdo de ilicitude se esgota na incongruência entre o patrimônio e os rendimentos lícito do agente. Segundo essa – assombrosa – lógica da aleatoriedade, o autor deve ser punido não por praticar uma determinada e particular conduta de enriquecer-se ilicitamente, mas por ocasional e desafortunadamente se encontrar em uma situação em que o Ministério Público – que legalmente deve carrear todo o material probatório que determine quer a condenação, quer a absolvição – não consegue reunir os elementos necessários e suficientes para demonstrar a ilicitude do acréscimo patrimonial obtido. Trata-se, na verdade, de um solerte de afloramento de responsabilidade pelo fato de outrem – *in casu*, pela falta de aptidão inconstitucional do ministério público. Verificando-se, assim, uma indismetível violação ao princípio da responsabilidade por fato próprio”. COSTA, José Francisco de Faria. Crítica à tipificação de enriquecimento ilícito: Plädoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado. In: LEITE, Alar; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 332. Sobre o ponto, convém mencionar que o autor não trata um delito como um “crime de suspeita”, mas como um “crime de estado”. Para a suposta diferença entre os dois tipos de delitos, v. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto de perda de vantagens relacionadas com o crime de confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco ‘in rem’ e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 2, p. 267-321, 2011. De toda sorte, o delito de enriquecimento ilícito, qualquer que seja a denominação a ele atribuída, contraria a ideia básica de um direito penal do fato.



o facto voluntário punível, de modo a que com a previsão penal se possam harmonizar os comportamentos dos cidadãos”<sup>82</sup>.

## 2.2 Violação ao princípio da legalidade na modalidade taxatividade dos tipos penais

Segundo Roxin, o Estado não só deve proteger os indivíduos *mediante* o direito penal, mas também *do* direito penal. Isto é, o Estado deve empregar os meios necessários à prevenção dos delitos, a fim de proteger os indivíduos uns dos outros, e, por outro lado, impor limites ao exercício do poder de punir, para resguardar os indivíduos do poder desmedido e arbitrário do Estado<sup>83</sup>. O direito constitucional oferece várias ferramentas de carácter principiológico que auxiliam na limitação da intervenção excessiva ou arbitrária do Estado na esfera de liberdade dos cidadãos, entre as quais o princípio da legalidade em matéria penal.

O princípio da legalidade em matéria penal condiciona o exercício do poder de punir do Estado à ocorrência de um delito definido como tal por lei antes de sua efetiva prática e restringe o castigo estatal à sanção prevista para a hipótese. Noutros termos, o princípio da legalidade exige a determinação prévia não só da conduta que, se praticada, ensejará a intervenção estatal, mas também da respectiva sanção a ser aplicada ao caso. Ou seja, a legalidade penal dita *quando e como* se deve punir alguém.

---

<sup>82</sup> Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do Acórdão n. 377/2015 do Tribunal Constitucional. Disponível em: <[https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/69992910/details/maximized?p\\_auth=9WJ8bcK1](https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/69992910/details/maximized?p_auth=9WJ8bcK1)>. Acesso em: 22 maio 2018. “Com efeito, e em primeiro lugar, ao considerar-se punível a verificação de uma mera variação patrimonial, ou uma incongruência entre duas grandezas o património «tido» e o sujeito a declaração deixa-se por identificar o concreto «comportamento», comissivo ou omissivo, ao qual se associa o juízo de desvalor penal. A exigência que decorre do n.º 1 do artigo 29.º da CRP, segundo o qual «[n]inguém deve ser sentenciado senão em virtude de lei [...] que declare punível a ação ou omissão [...]» fica assim por cumprir. O que o artigo 335.ºA do decreto da Assembleia pretende criminalizar confunde-se com um estado de coisas reportado a uma situação objetiva de incompatibilidade. Perante uma tal deficiência na construção legislativa do tipo, fica-se logo por esse motivo sem saber em que é que consiste, com o mínimo de determinação exigível, o facto voluntário punível, de modo a que com a previsão penal se possam harmonizar os comportamentos dos cidadãos”.

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 137.

A norma incriminadora encerra um processo comunicativo, por meio do qual o Estado reforça a prevenção de delitos, mediante vinculação de sanções pré-estabelecidas a determinadas condutas lesivas ou perigosas a bens jurídico-penais, com vistas a desestimular a sua prática<sup>84</sup>. Assim, a prevenção geral operada por meio da vinculação de uma sanção penal à prática de determinada conduta somente poderá ser atingida caso o agente, no momento da opção por delinquir, tenha conhecimento de que a conduta prestes a ser praticada é efetivamente proibida pela norma penal e que sua prática sujeitá-lo-á à sanção pré-fixada pela norma penal incriminadora. Por outro lado, o conhecimento do injusto somente será possível se a conduta proibida for legalmente determinada antes de sua efetiva prática, permitindo ao agente distinguir com clareza os limites do permitido e, por conseguinte, orientar-se conforme o direito.

Com efeito, a culpabilidade pressupõe que, no momento da prática delitiva, o sujeito, que tem capacidade para compreender o caráter ilícito do injusto, identifica com clareza a conduta que com a incriminação se quer evitar, mas deixa de se orientar conforme a norma para percorrer o caminho criminoso. No entanto, a conduta punível não poderá ser devidamente identificada pelo agente caso não esteja prevista em lei ou então esteja baseada em lei imprecisa ou retroativa<sup>85</sup>, situações essas que podem ser reunidas sob a rubrica comum de *conduta legalmente indeterminada*. Logicamente, a determinabilidade legal da conduta punível deve ser verificada no momento de sua prática.

Ao evitar punição não prevista em lei ou então baseada em lei imprecisa ou retroativa, o *princípio da legalidade* constitui, a um só tempo, instrumento do Estado na consecução de suas políticas criminais e garantia em favor do cidadão, que só será punido nas hipóteses legais e na

---

<sup>84</sup> Cf., a propósito do tema, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Una primera lección de Derecho penal. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 25, 2013. Segundo o autor: “El Derecho penal pertenece basicamente a los medios de prevención comunicativa. Por ello, se sirve tanto de la apelación a la racionalidade instrumental (infundir miedo a las consecuencias que el delito tendrá para el que decida cometerlo) como de la apelación a la racionalidade valorativa. Em este segundo plano pretende transmitir el valor social de los bienes que pueden ser afectados por quien delinca, así como el valor de la propia decisión em el sentido; por ambas vías se trata de hacer llegar al destinatário el deber de comportarse como se le indica” (p. 649-650).

<sup>85</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 137.

medida do que prevê a lei. Sob esse aspecto, merece realce o fato de que o princípio da legalidade é um importante elemento na preservação da segurança jurídica dos cidadãos<sup>86</sup>. Com efeito, o princípio da legalidade constitui uma dupla garantia em favor do cidadão, que se impõe tanto ao legislador, no momento da elaboração das leis penais, como ao juiz, ao aplicá-las, reduzindo, assim, a intervenção punitiva estatal de maneira arbitrária. A norma penal elaborada pelo legislador deverá ser *estrita, escrita, prévia e certa*. Por outro lado, o juiz não poderá criar livremente delitos e penas não previstos em lei.

O princípio da legalidade encerra quatro consequências distintas e toda incriminação que se pretende legítima deve se sujeitar a esses quatro corolários do princípio da legalidade em matéria penal: proibição de analogia em matéria penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), proibição de utilização do direito consuetudinário para fundamentar e agravar a pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), proibição de retroatividade da lei penal em prejuízo do acusado (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) e proibição de leis penais e penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)<sup>87</sup>.

Conquanto certo grau de imprecisão seja inerente a toda e qualquer incriminação e de fato não haja um tipo penal absolutamente determinado, considerando a natureza inexata da própria linguagem e a necessidade constante de se empregar elementos normativos nos tipos penais, o mandamento de determinabilidade das leis penais incriminadoras impõe ao legislador que inclua no tipo penal incriminador todos os elementos que compõem o injusto<sup>88</sup>, de maneira a permitir a adequada identificação da ação ou da omissão proibida pelos destinatários da norma, permitindo-os distinguir com clareza os limites do lícito e do ilícito e, por conseguinte, atuar conforme o direito.

---

<sup>86</sup> Nesse sentido, ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013, p. 414.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 140-141.

<sup>88</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 61. Para o autor, “[...] o postulado da taxatividade estabelece que a norma criminalizadora, ao definir a conduta criminosa, indique, com precisão, os elementos que a compõem”.

Ocorre que a tendência verificada no direito comparado – de tipificar o enriquecimento ilícito como um crime de suspeita – contraria justamente a proibição de leis penais indeterminadas, na exata medida em que os tipos penais incriminadores que se alinham a essa tendência não descrevem as condutas ilícitas causantes do enriquecimento, contentando-se em presumir a origem ilícita – porém indeterminada – do patrimônio excedente, a partir das suspeitas levantadas pela incongruência verificada entre os rendimentos lícitos constantes das declarações patrimoniais pretéritas e o patrimônio efetivamente possuído pelo agente. Os tipos penais que seguem essa tendência descrevem apenas uma situação patrimonial suspeita, sem, contudo, descrever a ação ou omissão que dão origem ao enriquecimento – mesmo porque, se o fizessem, esse seria um tipo penal inútil<sup>89</sup>.

Não se pode perder de vista que, no delito de enriquecimento ilícito, o desvalor reside justamente na possível proveniência ilícita do enriquecimento e não no enriquecimento em si. Afinal, a prova da proveniência legítima ou lícita do incremento patrimonial afasta a configuração do injusto. Dessa forma, a origem ilícita do patrimônio é elemento constitutivo do injusto, motivo pelo qual a descrição das causas do enriquecimento não é algo contingente de que se poderia prescindir.

A criminalização da simples situação de incongruência patrimonial do funcionário público, sem qualquer referência ao modo de aquisição do patrimônio sob suspeita, introduz em cena grande dificuldade na determinação do exato momento da consumação do delito, uma vez que este se configura pela simples verificação de um estado de coisas que ensejam uma suspeita: a discrepância entre o patrimônio do funcionário público e/ou seu estilo de vida com os seus rendimentos

---

<sup>89</sup> “El delito de enriquecimiento ilícito se aplica cuando no puede probarse el acto ilícito generador del excesivo enriquecimiento del funcionario, de ahí que la doctrina sostenga de forma contundente su consideración de delito subsidiario. Desde esta perspectiva, el delito de enriquecimiento ilícito estaría incriminando comportamientos post-delictivos en fase de agotamiento de un previo delito contra el ejercicio de las funciones públicas que no puede acreditarse judicialmente, pues de lo contrario, si el hecho punible generador del enriquecimiento queda demostrado debería aplicarse el delito específico previsto en el código penal que lo contempla y sanciona”. PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013, p. 489.

lícitos constantes das declarações patrimoniais a que está obrigado, sendo irrelevante o modo e a época de aquisição do patrimônio sob suspeita.

Na prática, portanto, o delito de enriquecimento ilícito pode retroagir para alcançar situações patrimoniais consolidadas antes mesmo de sua instituição.

Além disso, o delito autônomo de enriquecimento ilícito do funcionário público, quando tipificado sem qualquer referência às causas do enriquecimento, permite burlar a prescrição da pretensão punitiva do crime contra a administração pública que deu ensejo ao incremento patrimonial ilícito do funcionário público<sup>90</sup>. Ora, a ausência de justificativa para a riqueza incompatível pode ser punida vários anos após a sua aquisição, até mesmo depois de exaurido o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal do crime que originou o patrimônio sob suspeita. O resultado é, portanto, astucioso: permite-se punir a detenção das vantagens do crime (*post factum* impunível) mesmo depois de prescrito o crime de que originaram (corrupção, por exemplo).

Assim, o delito de enriquecimento ilícito acaba por, na prática, assumir contornos de retroatividade e imprescritibilidade, o que contraria o postulado que proíbe a retroatividade da lei penal em prejuízo do acusado (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) e até mesmo possível cláusula constitucional que elenca taxativamente os casos de imprescritibilidade admitidos no âmbito do respectivo ordenamento jurídico<sup>91</sup>. Bem vistas as coisas, a instituição de um tipo penal nesses moldes é capaz de instalar um estado de extrema insegurança jurídica, pois a construção típica

---

<sup>90</sup> De acordo com Pichler, “*La razón de la penalización de la sola tenencia o posesión de una cosa radica en evitar la prueba de los actos de adquisición de objetos y excluir la objeción de la prescripción de dicha adquisición*”. ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013, p. 417.

<sup>91</sup> No Brasil, por exemplo, a prescritibilidade dos delitos e das penas é a regra. As exceções encontram-se elencadas taxativamente na Constituição Federal de 1988, que restringe os casos de imprescritibilidade à prática de racismo (art. 5º, inc. LII) e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLIV). Dessa forma, o crime de enriquecimento ilícito, acaso fosse incorporado à ordem jurídica brasileira conforme a tendência verificada no direito comparado, poderia ter sua constitucionalidade contestada também ante sua incompatibilidade com o rol taxativo de crimes considerados imprescritíveis e a conseguinte violação ao princípio da segurança jurídica.

adotada permite a punição indireta dos crimes antecedentes sem qualquer limitação de ordem temporal.

A propósito do tema, para melhor ilustrar o potencial punitivo do referido delito, vale citar o peculiar caso havido na Bolívia com a última reforma constitucional. A nova Constituição boliviana, de 2009, passou a prever expressamente no seu art. 123 a retroatividade da lei penal em matéria de “corrupção”, permitindo às autoridades públicas investigar, processar e punir os crimes praticados por funcionários públicos contra os interesses do Estado ocorridos antes mesmo de sua tipificação<sup>92</sup>. Complementarmente a isso, a Assembleia Legislativa Plurinacional aprovou a Lei n. 004, de 31 de março de 2010 – Lei de Luta Contra a Corrupção, enriquecimento ilícito e investigação de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” – que, dentre outras coisas, instituiu o crime de enriquecimento ilícito (arts. 27, 28 e 29)<sup>93</sup> e a imprescritibilidade dos delitos de corrupção em sentido lato. Com o arranjo introduzido por essas duas disposições, o legislador boliviano facilitou – e muito – a persecução penal em matéria de corrupção, possibilitando a punição dos funcionários

---

<sup>92</sup> Artículo 123. “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.

<sup>93</sup> “Artículo 27. (Enriquecimiento Ilícito). La servidora pública o servidor público, que hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.

Artículo 28. (Enriquecimiento Ilícito de Particulares con Afectación al Estado). La persona natural que mediante actividad privada hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos afectando el patrimonio del Estado, no logrando desvirtuar tal situación, será sancionada con la privación de libertad de tres a ocho años, multa de cien a trescientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente. Incurrirán en el mismo delito y la misma pena, los representantes o ex representantes legales de las personas jurídicas que mediante actividad privada hubieren incrementado el patrimonio de la persona jurídica, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita; adicionalmente, la persona jurídica restituirá al Estado los bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una multa del 25% de su patrimonio.

Artículo 29. (Favorecimiento al Enriquecimiento Ilícito). El que con la finalidad de ocultar, disimular o legitimar el incremento patrimonial previsto en los artículos precedentes, facilitare su nombre o participare en actividades económicas, financieras y comerciales, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos y multa de cincuenta a quinientos días”.

públicos mesmo sem prova dos delitos contra a administração pública ensejadores do seu enriquecimento e também sem qualquer limite temporal<sup>94</sup>.

## 2.3 Violação ao princípio da presunção de inocência

Nos tópicos que seguem, primeiro delimitar-se-á o conteúdo do princípio da presunção de inocência, para, na sequência, demonstrar que o modelo típico adotado ofende, diretamente, os corolários do princípio da presunção de inocência enquanto critério decisório em relação à prova. Com efeito, a tipificação do enriquecimento ilícito – nos moldes da tendência verificada no direito comparado – esbarra no óbice colocado pelo princípio da presunção de inocência à imposição de um ônus probatório ao acusado, à sua não autoincriminação compulsória e ao *non liquet* em seu desfavor.

### 2.3.1 O conteúdo do princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência é uma garantia de liberdade, verdade e segurança do cidadão contra as penas estatais arbitrárias. É, na sua essência, um instrumento de defesa social<sup>95</sup>. Por garantir valores tão fundamentais à sociedade, a presunção de inocência está prevista nos principais instrumentos de direito internacional que versam sobre os Direitos do Homem: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 2), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, 2), a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (6,2), a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos (art. 7,1,b), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 48,1), o Estatuto do Tribunal Internacional para o

---

<sup>94</sup> ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013, p. 418.

<sup>95</sup> Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 506.

Ruanda (art. 20, 3), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 66) e o Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia (art. 21,3).

No plano do direito material, o princípio da presunção de inocência e o princípio da culpabilidade constituem os dois lados da mesma moeda<sup>96</sup>. Na realidade, vários ordenamentos jurídicos sequer conhecem a incorporação expressa e autônoma do princípio da culpabilidade, sendo esse comumente derivado daquele<sup>97</sup>. Por outro lado, no plano processual, o princípio da presunção de inocência constitui *regra de tratamento* do acusado, para restringir as limitações à sua liberdade antes do trânsito em julgado do processo<sup>98</sup>, e *regra de juízo* enquanto critério decisório em relação à prova<sup>99</sup>. Enquanto critério decisório em relação à prova, extrai-se do princípio da presunção de inocência que: a) o acusado é presumido inocente até prova em contrário (*nulla accusatio sine probatione*)<sup>100</sup>; b) sobre ele não recai qualquer ônus de provar sua inocência<sup>101</sup>, podendo, inclusive,

---

<sup>96</sup> Nesse sentido: VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 33, 1994, 441-442.

<sup>97</sup> É o que ocorre, por exemplo, na Espanha e no Brasil. Por todos, VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 33, 1994, p. 441-442; e GARCÍA PÉREZ, Octavio. Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia: los artículos 483 y 485 CP. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 2, 1993, p. 641-651.

<sup>98</sup> Sobre a presunção de inocência como um dever de tratamento, v. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94-97.

<sup>99</sup> Para as duas facetas do princípio da presunção de inocência enquanto regra de tratamento e regra de juízo, v. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 507; e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 56-58. Para as nuances do princípio da presunção de inocência como regra de juízo, v. PATRÍCIO, Rui. O direito fundamento à presunção de inocência ('Revisitado' – a propósito do Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde). *Praia, Portugal, Direito e Cidadania*, ano 7, n. 22, p. 9-25, 2005.

<sup>100</sup> Segundo Ferrajoli, [...] “A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 505. Por conseguinte, a presunção de inocência ressalta a necessidade de “[...] prova plena e conclusiva a respeito de todos os elementos da infração penal imputada ao réu (*nulla accusatio sine probatione*), em: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 23, p. 3, 1994. Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 56: “A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova pela do cometimento de um delito”.

<sup>101</sup> A propósito de ônus da prova em processo penal, registre-se que “A afirmação sobre a existência de um *ônus da prova* em processo penal tem sido fortemente contestada pela doutrina, seja pela negativa de qualquer encargo probatório, tanto para a acusação como para a defesa, pois é ao juiz que compete esclarecer officiosamente os fatos (Figueiredo Dias), seja porque é o Ministério Público que deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva (Bettiol)” em: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 23, p. 3., nov. 1994. Entretanto, como ressalta o autor,



manter-se em silêncio sem que isso seja interpretado em seu desfavor (princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*)<sup>102</sup>; e, c) em caso de *non liquet*, a questão será resolvida em favor do acusado (princípio do *in dubio pro reo*)<sup>103</sup>.

---

“[...] em um processo penal orientado pela presunção de inocência, é evidentemente inadequado falar em *ônus da prova*, especialmente em relação à defesa, pois se o acusado é considerado inocente, até que se comprove *legalmente* a sua culpabilidade, é claro que o encargo de demonstrar os fatos incumbe integralmente à acusação; e, como consequência, não atendido o ônus, a dúvida deve ser solucionada *pro reo*”. Nesse sentido, porém contrário à existência de ônus da prova em processo penal para quaisquer das partes, Rui Patrício afirma que “o princípio da presunção de inocência do arguido dispensa a defesa de provar a inocência do arguido, para obter uma absolvição, concentrando na acusação o esforço probatório no sentido da prova da culpa do arguido” PATRÍCIO, Rui. O direito fundamento à presunção de inocência (‘Revisitado’ – a propósito do Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde), p. 5. Praia, Portugal, *Direito e Cidadania*, ano 7, n. 22, p. 9-25, 2005.

<sup>102</sup> “[...] decorre do princípio de presunção de inocência do arguido que este não é um mero objecto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele, devendo frisar-se que daqui decorre - e em ligação com o princípio (o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais) da preservação da dignidade pessoal - que a utilização do arguido como meio de prova é sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade; ou seja, o arguido, em matéria de prova, não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal, além de que a sua confissão (por si, já um acto espontâneo de colaboração) se acha rodeada de especiais cuidados, como facilmente se afere da análise, por exemplo, dos artigos 79.º, 193.º, 375.º e 378.º do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde”. PATRÍCIO, Rui. O direito fundamento à presunção de inocência (‘Revisitado’ – a propósito do Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde), p. 5. Praia, Portugal, *Direito e Cidadania*, ano 7, n. 22, p. 9-25, 2005. A orientação jurisprudencial do nosso Supremo Tribunal Federal também não admite a autoincriminação compulsória: “O privilégio contra a auto-incriminação [...] - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. - O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. [...] . O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. - Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. [...]”. STF, HC 79812, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 16.02.2001.

<sup>103</sup> Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 23, p. 3, 1994; e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 56-58. Para Rui Patrício, “[...]o princípio *in dubio pro reo* parte da premissa de que o juiz não pode terminar o julgamento com um *non liquet*, ou seja, não pode abster-se de optar pela condenação ou pela absolvição, existindo uma obrigatoriedade de decisão, e determina que, na dúvida quanto ao sentido em que aponta a prova feita, o arguido seja absolvido”. Continua o autor: “[...] se a prova feita não é suficiente para formar a convicção do julgador no sentido da culpa ou da inocência do arguido, então este deve ser absolvido, não tendo a presunção de sua inocência sido ilidida; sendo certo que não lhe cabia a ele, arguido, como se viu acima, provar sua inocência, o que nos permite concluir que bem se articulam os dois mencionados corolários do princípio da presunção de inocência”. PATRÍCIO, Rui. O direito fundamento à presunção de inocência (‘Revisitado’ – a propósito do Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde), p. 6. Praia, Portugal, *Direito e Cidadania*, ano 7, n. 22, p. 9-25, 2005.

Como se verá adiante, todavia, a instituição do delito de enriquecimento ilícito na modalidade de crime de suspeita – tal como prevalece mundo afora – esvazia por completo o conteúdo do princípio da presunção de inocência enquanto regra de juízo<sup>104</sup>.

### 2.3.2 Sob qualquer ângulo que se examine a questão, há ofensa direta às três formas de manifestação do princípio da presunção de inocência enquanto regra de juízo

O tipo de enriquecimento ilícito não encerra nada mais do que a mera suspeita de que o acusado, durante o exercício de uma função pública, tenha praticado crimes contra a administração pública – todavia não provados –, dos quais a incongruência entre o patrimônio do acusado e as suas declarações patrimoniais passadas ou presentes é apenas um indício<sup>105</sup>.

Com efeito, a partir da prova conjugada dos elementos descritos no tipo – a) qualidade de funcionário público ou pessoa interposta, b) posse ou detenção de bens ou rendimentos, c) superiores (ou anormalmente superiores) ao quanto indicado nas declarações patrimoniais a que está obrigado o acusado –, presume-se a origem ilícita de todo o patrimônio excedente, por meio de uma presunção *iuris tantum*.

---

<sup>104</sup> Nesse sentido, exemplificativamente: ANDRADE, Manuel da Costa. *Enriquecimiento ilícito*: entre Cila e Caríbdis. 28 out. 2011; SANCINETTI, Marcelo A. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adiós al estado de derecho. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, p. 915-968, 1999; GODINHO, Jorge A. F. Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28º da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho). In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n. 24, 2007, p. 17ss; BASUALTO, Héctor Hernández. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, p. 183-222, 2006; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 33, p. 439-463, 1994; GARCÍA PÉREZ, Octavio. Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia: los artículos 483 y 485 CP. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 2, p. 629-678, 1993; e PATRÍCIO, Rui. O direito fundamento à presunção de inocência ('Revisitado' – a propósito do Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde), p. 5. Praia, Portugal, *Direito e Cidadania*, ano 7, n. 22, p. 9-25, 2005.

<sup>105</sup> Cf., por todos, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, p. 183-222, 2. sem. 2006, p. 194. Segundo o autor, "[...] como es evidente, lo que encierra el concepto mismo de enriquecimiento ilícito es la sospecha – en general razonable – de que un enriquecimiento que no puede explicarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe provenir de una actividad delictiva, lo que en el ámbito específico de los funcionarios públicos se expresa en la sospecha de actos de corrupción administrativa, tales como malversación, cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles, uso indebido de información privilegiada, entre otros".

A acusação fica desincumbida de provar efetivamente a causa ilícita do enriquecimento – isto é, o suposto cometimento de crimes contra administração pública –, ou mesmo de demonstrar positivamente a ausência de toda e qualquer causa lícita para o vislumbrado incremento patrimonial. Aliás, o elenco de causas lícitas para o enriquecimento de alguém é inesgotável, de maneira que exigir do órgão de acusação que esgote esse rol é o mesmo que lhe exigir a produção de uma prova “diabólica”. Assim, na prática, independentemente da conformação típica adotada, se se quiser um tipo operante de enriquecimento ilícito, a prova sobre a licitude ou legitimidade do patrimônio incongruente recairá sempre sob o acusado. Do contrário, o tipo penal será completamente inoperante.

Caberá ao acusado, então, desconstituir essa presunção de ilicitude, mediante prova de que o patrimônio excedente, na verdade, tem origem lícita ou legítima, pois, caso contrário, prevalecerá, sem mais prova, que essa parcela do seu patrimônio é, de fato, ilícita e, por isso, deve ser confiscada, com todas as consequências daí advindas.

Dessa forma, tem-se que o ponto de partida não é a inocência do acusado até prova em contrário. Na realidade, parte-se da presunção, com culpa, de que o acusado tenha praticado crimes contra a administração pública, e que esses crimes ensejaram o seu enriquecimento. A partir daí, recai sob o acusado o ônus de provar a sua inocência para conseguir obter uma absolvição, com atenção para o fato de que, se o acusado não se desincumbir desse ônus, será considerado culpado e condenado às penas previstas para o delito. Não poderia ser mais evidente, pois, a vulneração à presunção de inocência<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> O Tribunal Europeu de Direitos Humanos nunca se debruçou especificamente sobre a questão do enriquecimento ilícito, de maneira que não há como, num exercício de futurologia, antecipar eventual posição do Tribunal sobre o tema – sobre saber se o delito de enriquecimento ilícito viola ou não o princípio da presunção de inocência. Registre-se, todavia, que, apesar de o TEDH se posicionar no sentido de que a prova do crime cabe à acusação, o TEDH tem entendido que a presunção de inocência do acusado pode ser restringida mediante o recurso a presunções, impondo-se ao acusado o ônus de provar determinados fatos, desde que estas presunções sejam razoáveis, calcadas em elementos probatórios suficientes, e seja conferido ao acusado amplo direito de defesa para refutá-las. Nesse sentido, conferir: CORDERO, Isidoro Blanco. El Delito De Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional português. *Revue électronique de l’AIDP*, A-02, 2013. Para Cordero, o recurso a presunções em desfavor do acusado pode se compatibilizar com o princípio da presunção de inocência, a depender da qualidade dos elementos de prova oferecidos pela acusação que embasam o juízo de presunção em

Como bem observa Hector Hernández Basualto, as dificuldades probatórias concernentes aos crimes contra a administração pública – às vezes reais, às vezes exageradas –, “[...] terminaram por justificar um atalho: em vez de que o Estado confirme as suas suspeitas, impõe-se ao suspeito a tarefa de demonstrar sua inocência. Trata-se de manifesta inversão do ônus da prova<sup>107</sup>”.

Se se permite emprestar as palavras de Manuel da Costa Andrade a respeito do crime de enriquecimento ilícito português em sua primeira versão, referida solução normativa representa “frontal atentado contra a Constituição”. Na verdade, mais do que isso: constitui “um regresso atávico a estádios civilizatórios pré-iluministas, de obscurantismo e tirania, ultrapassados à custa de tanto corpo destroçado e de tanta alma aviltada”, uma vez que contraria um “dato irrenunciável e indisponível do direito penal da nossa cultura e da nossa civilização”, consistente no fato de que “o ônus da prova de qualquer fato, correspondente a qualquer momento de uma incriminação, impende, por inteiro e em exclusivo, sobre quem acusa e condena”<sup>108</sup>.

Ademais, a construção típica prevalecente no direito comparado suprime por completo o direito ao silêncio do acusado, uma vez que, se o acusado deixar de produzir prova em seu favor, será considerado culpado, mesmo sem prova cabal por parte da acusação de que ele realmente tenha cometido crimes contra a administração pública e de que efetivamente esses crimes importaram no seu enriquecimento. Aqui, a opção por permanecer em silêncio importa manifesto prejuízo ao acusado<sup>109</sup>.

---

questão. Essa compreensão, todavia, contraria o postulado básico do processo penal acusatório de que sob acusado não recai qualquer ônus probatório.

<sup>107</sup> Tradução livre de HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, p. 183-222, 2. sem. 2006, p. 194. Segundo SANCINETTI, Marcelo A, “[...] la supuesta ‘presunción’ no concluye en la demostración, ni siquiera por vía presuntiva, de um hecho determinado, que es lo que exige el Derechero Penal de acto o de hecho. Se trata justamente de um tipo penal de ‘recogida’ para el caso de que ‘no se pueda probar, ni siquiera por vía de presunciones, que el funcionario haya cometido um delito concreto’”. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adiós al estado de derecho. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, p. 915-968, 1999.

<sup>108</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Enriquecimiento ilícito: entre Cila e Caríbdis*, 2011.

<sup>109</sup> Nesse sentido: SANCINETTI, Marcelo A. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adiós al estado de derecho. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, 1999, p. 943-949. Sobre o ponto, vale ressaltar o entendimento do TEDH, que autoriza sejam extraídas

Note-se que a obrigação que recai sobre o acusado de justificar a origem do seu patrimônio pode, inclusive, compeli-lo a confessar a prática de outros crimes que deram origem ao patrimônio incongruente, mas que não guardam a mínima relação com o exercício de seu cargo ou função públicos. É dizer, para provar que não se enriquecera às custas do erário, o acusado terá de confessar a prática de crimes de outra natureza que deram origem ao patrimônio sob suspeita, caso não queira ser condenado pela prática do delito de enriquecimento ilícito<sup>110</sup>.

Além do mais, como o injusto do enriquecimento ilícito se configura mediante um juízo de presunção da origem ilícita do patrimônio incongruente, a dúvida sobre questão de fato constitutiva do crime – sobre saber se o patrimônio excedente ao declarado guarda origem na prática de crimes contra a administração pública – sempre será resolvida em desfavor do acusado, o que contraria o princípio da presunção de inocência na modalidade *in dubio pro reo*.

A toda evidência, a justificação da origem do patrimônio incongruente do acusado não constitui verdadeira causa excludente de ilicitude, como querem fazer crer alguns autores<sup>111</sup>, mas

---

interpretações do silêncio do acusado em seu desfavor, a depender da existência de provas incriminadoras suficientes. O que o TEDH não admite é a condenação baseada única e exclusivamente no silêncio do acusado. Nesse sentido, CORDERO, Isidoro Blanco. El Delito De Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional português. In *Revue électronique de l'AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP* (ISSN - 1993-2995), 2013, A-02.

<sup>110</sup> Sobre o ponto, BASUALTO, Héctor Hernández. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, p. 183-222, 2. sem. 2006, p. 196: “[...] toda vez que el sospechoso que pretenda ejercer su Derecho a guardar silencio va a ser castigado precisamente por no realizar una actividad probatoria tendiente a demostrar el origen lícito de su incremento patrimonial, en tanto que si dicho incremento proviene de un delito se le compele –precisamente con la amenaza de dicha pena– a confesarlo”. Também nesse sentido: Nesse sentido: SANCINETTI, Marcelo A. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adiós al estado de derecho. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, 1999, p. 943-949.

<sup>111</sup> Segundo Pereira, “[...] São elementos constitutivos do crime, só e apenas a posse, pelos obrigados à declaração ou interposta pessoa, de patrimônio ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas; [...] A não justificação pelo arguido da proveniência dos bens não integra os elementos constitutivos; [...] Sob a aparência de um elemento positivo do tipo negativamente formulado, é na realidade um elemento negativo; [...] Já que a sua inserção na norma tem como único objectivo fixar uma causa atípica de exclusão da ilicitude, permitindo que o arguido justifique a sua situação patrimonial; [...] Pelo que a prova solicitada ao arguido ou por este espontaneamente apresentada redundaria em seu exclusivo proveito; [...] A norma respeita por isso as garantias do processo criminal consagradas na Lei Básica e no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos”. PEREIRA, Júlio. O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal. In: *Boletim do CCAC*, n. 7, 2003. Também publicado em *Polícia e Justiça*, III Série, n. 8, 2006, p. 43ss.

verdadeira contraprova por parte do acusado para fazer afastar a presunção de corrupção. Ainda que assim o fosse, restaria inalterado o quadro de flagrante violação ao princípio da presunção de inocência, considerando que o referido princípio também se impõe ao legislador, que não pode pretender resolver problemas de prova por meio de soluções de direito substantivo às custas de garantias processuais-penais dos acusados. Com efeito, a construção de tipos penais deve observar os três corolários básicos do princípio da presunção de inocência enquanto regra de juízo<sup>112</sup>.

Sem medo de errar, é pertinente registrar que a violação ao princípio da presunção de inocência é o argumento utilizado com mais frequência para a declaração de inconstitucionalidade dos tipos penais de enriquecimento ilícito existentes mundo afora<sup>113</sup>. O argumento foi invocado pelo

---

<sup>112</sup> Segundo GODINHO, Jorge A. F. Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28º da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n. 24, 2007, p. 17ss, p. 34: “[...] a questão da justificação da origem é uma contraprova, ou seja, trata-se de ilidir uma presunção e assim afastar a suspeita de corrupção que pesa sobre o arguido. A figura que se trata é, de modo inarredável, de cariz processual. É falacioso pretender ver no ónus de justificar a origem uma causa de justificação do <<facto>> – até porque, conforme se deixou referido, não há sequer qualquer facto concreto, praticado em certa hora, dia e local, a que a acusação se refira, mas apenas uma alegação genérica. O que existe é o desfazer de uma suspeita, através de prova em contrário./ Ainda que assim não fosse, e se devesse afirmar./ Ainda que assim não fosse, e se devesse afirmar que a justificação da origem tem efectivamente o estatuto de uma causa de justificação, mesmo assim a conclusão final seria a mesma, visto que a presunção de inocência não tem o seu campo de aplicação limitado aos elementos do tipo legal de crime. Não há qualquer fundamento para procurar restringir o campo de aplicação da presunção de inocência apenas a certas categorias ou aspectos da doutrina do crime — a presunção de inocência projecta-se sobre todo o direito e processo penal, o que inclui as causas de justificação./ Se assim não se entendesse, estaria encontrado um fácil caminho para contornar a presunção de inocência: bastaria dar um cunho substantivo ao que, na verdade, é uma realidade processual. Tal não deve ser admitido, devendo entender-se que a presunção de inocência, com o seu corolário da proibição da inversão do ónus da prova, se aplica igualmente à redacção dos tipos legais de crime”.

<sup>113</sup> CORDERO, Isidoro Blanco. El Delito De Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués. *Revue électronique de l’AIDP* 2013, A-02, 2013.

Tribunal Constitucional de Portugal para declarar a inconstitucionalidade dos delitos de enriquecimento ilícito previstos nos Decretos n. 37/XII<sup>114</sup> e 369/XII<sup>115</sup> da Assembleia da República. A Corte Suprema de Justiça da Costa Rica<sup>116</sup> também alegou a violação ao princípio da presunção de inocência para declarar a inconstitucionalidade o tipo penal existente naquele país.

---

<sup>114</sup> Ao declarar a inconstitucionalidade dos crimes de enriquecimento ilícito previstos no Decreto n. 37/XXII da Assembleia da República portuguesa, o Tribunal Constitucional de Portugal assentou que: “[...] Não poderá olvidar-se, ainda, que o tipo legal de crime, tal como se encontra configurado, não passa indemne ao princípio da presunção de inocência. [...] A formulação do tipo não impede que o entendimento de que verificada a incongruência entre o património e o rendimento, ela é qualificada de enriquecimento ilícito sem ser feita a demonstração positiva da ausência de toda e qualquer causa lícita. /Tenha-se presente, aliás, que sendo o elenco de causas lícitas aberto e potencialmente inesgotável, sempre se poderia entender que a exigência de demonstração positiva da sua ausência afectaria quase irremediavelmente a operacionalidade do tipo. Assim lidas as normas incriminadoras, está-se a presumir a origem ilícita da incompatibilidade e a imputar ao agente um crime de enriquecimento ilícito, o que redundaria em manifesta violação do princípio da presunção de inocência, determinando, portanto, a inconstitucionalidade das normas em causa” (cf. voto do Conselheiro-Relator José da Cunha Barbosa no âmbito do Processo n. 182/2012 - Acórdão n. 179/2012, Diário da República n.º 78/2012, Série I de 2012-04-19, p. 2206-2219).

<sup>115</sup> Sobre os delitos introduzidos pelo Decreto 369/XII da Assembleia da República após a primeira decisão sobre o tema, o Tribunal Constitucional de Portugal assim se manifestou, no que diz respeito à violação ao princípio da presunção de inocência: “[...] Assim, e subsidiariamente, pode dizer-se que, sendo deste modo construído o tipo, tudo indica que se considerará consumado o crime pela reunião destes dois elementos: património detido, possuído ou adquirido por um lado; incompatibilidade entre este e o sujeito a declaração, por outro. Pelo menos, é o que decorre de uma formulação literal que associa a censura penal à simples verificação de uma certa situação ou de um certo estado de coisas, resultante exclusivamente de uma incongruência, ou de uma «incompatibilidade», entre duas grandezas. A ser assim presumido o cometimento do crime, sobre o agente recairá o ónus de, já no âmbito de um processo contra si instaurado, vir a oferecer justificação para a verificada variação patrimonial. E tal significará que, logo na formulação do tipo criminal e pelo modo como ele foi construído, se contrariou o princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP), entendido, na sua dimensão substantiva, enquanto vínculo do próprio legislador penal” (cf. o voto do Conselheiro-Relator no âmbito do Processo n. 658/2015 – Acórdão n. 377/2015, Diário da República n.º 156/2015, Série I de 2015-08-12, p. 5759-5775).

<sup>116</sup> Sobre o tema, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica se pronunciou da seguinte forma: “[...] *Con base en los argumentos ya dados y la potestad conferida a la Sala por el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, procede declarar también la inconstitucionalidad del inciso e) del artículo 26, que establece: "e) Incurren también en el delito tipificado en este artículo, los servidores cuyos cónyuges, ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, se enriquezcan sin poder dar demostración fehaciente de la licitud del incremento en sus bienes o fortuna. Para tales efectos el pariente se considerará coautor o cómplice, de conformidad con las reglas establecidas en el Código Penal."*, pues su redacción versa en idénticos términos al de la de los incisos ya estudiados, contraviniendo en igual forma, el principio de inocencia” (cf. Sentencia n. 01707; Expediente: 900008420007CO; Fecha: 28/03/1995; Hora: 03:39:00 p.m.).

## **PARTE 3 – O enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira**

### **3.1 Um breve esboço a respeito das proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional para tipificar o delito de enriquecimento ilícito do funcionário público**

No Brasil, tramitam no Congresso Nacional diversas proposições legislativas que visam tipificar o crime de enriquecimento ilícito do funcionário público.

A primeira proposição legislativa nesse sentido, apresentada perante a Câmara dos Deputados em 2 de junho de 2005, foi o PL n. 5363/2005, de autoria do Deputado Federal Eduardo Valverde (PT/RO), que inclui no Código Penal Brasileiro o art. 312-A, para tipificar as condutas de “[...] possuir ou adquirir valores, o funcionário público, incompatível com a renda declarada anual, ou que não possam ser razoavelmente justificados por ele”, sujeitando-as às penas de 2 a 12 anos de reclusão e multa. A proposta baseia-se no argumento de que “[...] a lei 8429/92, pela sua natureza administrativa e civil, não traduz a conduta típica na sua essência normativa” e não tem “[...] o condão de imprimir reprimenda no âmbito penal”. Além disso, referido projeto de lei altera o conceito de funcionário público para fins penais previsto no art. 327 – ajustando-o ao entendimento já predominante na jurisprudência pátria –, que passa a ter a seguinte redação: “[...] considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo”<sup>117</sup>.

A esse projeto de lei, estão apensadas outras 14 proposições legislativas: PL 5586/2005; PL 315/2015; PL 21/2011; PL 1492/2015; PL 2025/2015; PL 2811/2015; PL 3294/2015; PL 3389/2015; PL 3925/2015; PL 3989/2015; PL 7146/2017; PL 8151/2017; PL 9594/2018; e PL 10171/2018<sup>118</sup>. Dessas proposições legislativas, apenas uma delas – o PL 21/2011 – não prevê a criação de um tipo penal de enriquecimento ilícito, embora aumente as sanções previstas para a prática de crimes contra a administração pública que resultem em dano ao erário.

---

<sup>117</sup> A tramitação do referido projeto de lei pode ser consultada por meio do seguinte link ao site da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=288051&ord=1>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

<sup>118</sup> Confira-se, a propósito, a árvore de apensos ao PL 5363/2005 disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=288051&ord=1>>. Acesso em: 12 jun. 2018.



O segundo foi o PL 5586/2005, de autoria do Poder Executivo, que acrescenta o art. 327-A no Código Penal, para tipificar o crime de enriquecimento ilícito quando o funcionário público possuir bens ou valores incompatíveis com sua renda ou quando deles faça uso de tal modo que permita atribuir-lhe a propriedade. Nos dois casos, prevê-se pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa<sup>119</sup>. Segundo as justificativas apresentadas, referido projeto busca concretizar as prescrições contidas nas convenções internacionais de combate à corrupção. Ainda segundo as justificativas apresentadas, referido delito visaria proteger “[...] o conceito de Administração íntegra e honesta, a que têm direito todos os cidadãos, e a imagem de transparência e probidade da Administração e dos que a compõem”<sup>120</sup>.

Tanto o PL n. 5363/2005 como o PL 5586/2005 já haviam sido apresentados antes mesmo do lançamento, pelo Ministério Público Federal, das “10 Medidas Contra a Corrupção”, no âmbito das quais propõe o MPF a “[...] criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos”, mediante introdução do art. 312-A no Código Penal, que estabelece pena de prisão, de 3 a 8 anos, e confisco dos bens para o crime de enriquecimento ilícito de agentes públicos, se o fato não constituir elemento de crime mais grave, e dispõe que as penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito:

Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito anos), e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

---

<sup>119</sup> "Art. 317-A. Possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, o funcionário público, injustificadamente, bens ou valores de qualquer natureza, incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas o funcionário público que, embora não figurando como proprietário ou possuidor dos bens ou valores nos registros próprios, deles faça uso, injustificadamente, de modo tal que permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade." Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=321068&filename=PL+5586/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=321068&filename=PL+5586/2005). Acesso em: 12 jun. 2018.

<sup>120</sup> V. as justificativas apresentadas para o projeto em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=321068&filename=PL+5586/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=321068&filename=PL+5586/2005). Acesso em: 12 jun. 2018.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

Citando as convenções internacionais em matéria de combate à corrupção, o Ministério Público Federal justifica a implementação da medida com base nas dificuldades probatórias dos crimes de corrupção e na necessidade de se tutelar a probidade, a transparência e a lisura dos funcionários públicos:

[...] O enriquecimento ilícito de servidor público decorre comumente da prática de corrupção e crimes conexos. No entanto, como ressaltado no projeto, é muito difícil punir o crime de corrupção, salvo quando uma das partes revela sua existência, o que normalmente não acontece. Por essa razão, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário, exorta os Estados Partes a tipificarem em seus ordenamentos jurídicos o crime de enriquecimento ilícito, definido como o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público por ingressos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

Por outro lado, o enriquecimento ilícito, além de ser prova indireta da corrupção, é em si mesmo desvalorado, pois revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum. Há aqui um desvalor no tocante à discrepância patrimonial, não raro oculta ou disfarçada, de um agente público sujeito a regras de escrutínio, transparência e lisura.

Após intensa campanha publicitária do Ministério Público Federal para divulgar as “10 Medidas Contra a Corrupção”, vários projetos de lei que pretendem tipificar o enriquecimento ilícito de funcionários públicos foram apresentados na Câmara dos Deputados, sendo que muitos deles contêm redação idêntica àquela que foi sugerida pelo Ministério Público Federal no âmbito do referido pacote anticorrupção. Citem-se, nesse sentido, o PL 315/2015, de autoria dos Deputados Federais Chico Alencar (PSOL/RJ), Jean Wyllys (PSOL/RJ), Cabo Daciolo (PSOL/RJ), Edmilson Rodrigues (PSOL/PA) e Ivan Valente (PSOL/SP); o PL 2811/2015, de autoria do Deputado Federal Carlos Sampaio (PSDB/SP); o PL 3925/2015, de autoria do Deputado Federal Índio da Costa (PSD/RJ); o PL 3989/2015, de autoria do Deputado Federal Miro Teixeira (REDE/RJ); e o PL 9594/2018, de autoria da Deputada Federal Renata de Abreu (PODE/SP). No Senado Federal, foram apresentados, também com igual redação, o PLS 106/2016, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP) e o PLS 147/2016, de autoria do Senador Ataídes Oliveira (PSDB/TO). Com efeito, todas essas proposições legislativas adotam, para o tipo penal de enriquecimento ilícito

a ser incluído no Código Penal, a redação sugerida pelo Ministério Público Federal no âmbito das “10 Medidas Contra a Corrupção”.

Há, também, proposições legislativas que adotam o essencial daquilo que foi proposto pelo Ministério Público Federal no pacote anticorrupção, com algumas ligeiras alterações. Com efeito, o PL 1492/2015, de autoria do Deputado Federal Tadeu Alencar (PSB/PE), adota igual redação, mas com o acréscimo de que a pena é aumentada de um terço se o crime previsto no caput for cometido por membro do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Congresso Nacional, da Assembleia Legislativa do Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e da Câmara Municipal, Ministros e Conselheiros de Tribunais de Contas, Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador, Prefeito e Vice-Prefeito, Ministros de Estado, Secretários Executivos, Secretários Nacionais e equivalentes, Secretários Estaduais, Distritais e Municipais, dirigentes máximos de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, e Comandantes das Forças Armadas (parágrafo 4º). Mencione-se, inclusive, que a fundamentação para a tipificação da conduta baseia-se expressamente na suposta impunidade dos crimes de corrupção.

Já o PL 3294/2015, de autoria do Deputado Federal Fabrício Oliveira (PSB/SC), inova em relação à sugestão do MPF ao suprimir as elementares típicas “receber”, “ceder”, “possuir”, “ou por pessoa a ele equiparada” e “ou auferidos por outros meios lícitos”, bem como ao substituir as elementares típicas “direitos ou valores” por “valores móveis ou imóveis”. Além disso, nesse projeto, a pena de prisão é reduzida de 3 a 8 anos para 2 a 5 anos<sup>121</sup>.

O PL 7146/2017, de autoria do Deputado Federal Francisco Floriano (DEM/RJ), utiliza o mesmo preceito primário, mas com pena de prisão, de dois a cinco anos, confisco dos bens, e

---

<sup>121</sup> “Art. 317-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, no exercício de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo. Pena – reclusão, de dois a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave”.

proibição de assumir qualquer cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo pelo período de 8 (oito) anos<sup>122</sup>.

Por outro lado, o PL 2025/2015, de autoria do Deputado Federal Carlos Manato (PSD/ES), criminaliza não só o enriquecimento ilícito do funcionário público, mas também do particular que usa ou incorpora ao seu patrimônio ou ao de interposta pessoa, bens, rendas, verbas ou valores públicos, prevendo figuras qualificadas quando os recursos ou verbas forem destinados à saúde pública. Com efeito, o enriquecimento do funcionário público é punido com pena de reclusão de 2 a 12 anos, ao passo que a forma qualificada do delito praticado pelo funcionário público prevê pena de reclusão de 4 a 12 anos. Em relação aos particulares, as penas variam de 2 a 8 anos e 4 a 12 anos, respectivamente<sup>123</sup>. Aqui, o crime de enriquecimento ilícito assume feição de peculato.

Já o PL 3389/2015, de autoria do Deputado Federal Fábio Sousa (PSDB/GO), de fato equipara o delito de enriquecimento ilícito ao crime de peculato, ao adicionar um quarto parágrafo no art. 312 do CP, para fazer constar que incorre na mesma pena a que se refere o caput do art. 312 o

---

<sup>122</sup> Art. 317-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, no exercício de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo. Pena – prisão, de dois a cinco anos, confisco dos bens, proibição em assumir qualquer cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo pelo período de 8 (oito) anos”.

<sup>123</sup> “Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos: Enriquecimento ilícito de funcionário público Art. 313-C. usar ou incorporar o funcionário público, por qualquer forma, ao seu patrimônio ou ao de interposta pessoa, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial de qualquer entidade da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos. Enriquecimento ilícito de funcionário público por incorporação de recursos ou verbas destinadas à saúde pública Parágrafo único. Se o objeto da incorporação for oriundo, total ou parcialmente, de recursos ou verbas destinadas à saúde pública: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos./ Enriquecimento ilícito de particular Art. 333-A. usar ou incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio ou ao de interposta pessoa, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial de qualquer entidade da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos./ Enriquecimento ilícito por incorporação de recursos ou verbas destinadas à saúde pública Parágrafo único. Se o objeto da incorporação for oriundo, total ou parcialmente, de recursos ou verbas destinadas à saúde pública: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos”.

agente ou servidor público que auferir qualquer aumento indevido e injustificado de seu patrimônio em virtude do exercício de função pública.

Diferentemente, o PL 8151/2017, de autoria do Deputado Victório Galli (PSC/MT), prevê pena de prisão, de três a oito anos, e perdimento dos respectivos bens, “[...] se o fato não constituir crime mais grave”, para a conduta de “[...] ter patrimônio incompatível com os rendimentos auferidos por qualquer pessoa em razão de seu cargo, emprego, função pública, ou por outro meio lícito”<sup>124</sup>.

Similar à estrutura do PL 8151/2017 é a conformação típica adotada pelo PL 10171/2018, de autoria do Deputado Federal Fábio Trad (PSD/MS), que pretende criminalizar, com pena de reclusão de 4 a 8 anos, e multa a conduta de ter o agente público sob seu domínio, posse ou propriedade de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com seus rendimentos auferidos, em razão de seu cargo, emprego, função pública. De acordo com a referida proposição legislativa, incorre na mesma pena se houver amortização ou extinção de dívidas do agente público, inclusive por terceira pessoa. Ademais, as penas serão aumentadas de metade se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

A essa altura, cumpre registrar que as críticas a serem elaboradas no tópico seguinte restringir-se-ão ao tipo penal previsto nas “10 Medidas contra a corrupção”, tendo em vista que a maioria das proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional adotam a conformação típica sugerida pelo Ministério Público Federal, sendo mais provável que a incorporação do delito ao direito brasileiro – caso haja – se dê nesses moldes. Por outro lado, considerando o escopo do presente trabalho, seria contraproducente debruçar-se criticamente sobre cada uma das propostas legislativas existentes para a criminalização da conduta.

---

<sup>124</sup> “Art. 333 – A Ter patrimônio incompatível com os rendimentos auferidos por qualquer pessoa em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou por outro meio lícito. Pena – prisão, de três a oito anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir crime mais grave”. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1582291&filename=PL+8151/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1582291&filename=PL+8151/2017)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

### 3.2 Breves considerações sobre a proposta do Ministério Público para tipificação do enriquecimento ilícito contida nas “10 Medidas Contra a Corrupção”

Conquanto o foco do presente trabalho não seja realizar uma análise crítica das justificativas normalmente apresentadas para a incriminação autônoma do enriquecimento ilícito do funcionário público nem tampouco sair em busca de fundamentos e formas legítimas para a tipificação da conduta, o presente autor, atento para a relevância que a matéria assumiu no contexto nacional nos últimos anos, houve por bem tecer, nos dois tópicos seguintes, breves comentários sobre as justificativas apresentadas na proposta de tipificação do enriquecimento ilícito prevista nas “10 Medidas Contra a Corrupção” e também sobre a conformação típica escolhida para a criminalização da conduta.

#### 3.2.1 A insubsistência das justificativas apresentadas

O Ministério Público Federal justifica a tipificação do enriquecimento ilícito do funcionário público na vislumbrada dificuldade de se provar os crimes de corrupção praticados no âmbito da administração pública. Na sua visão, a conduta que se pretende incriminar autonomamente constitui “prova indireta da corrupção”. Trata-se, com efeito, de uma justificativa de ordem pragmática<sup>125</sup>. Essa justificativa, contudo, viola, a um só tempo, o princípio da culpabilidade e o princípio da presunção de inocência, nos termos da argumentação desenvolvida nos tópicos 2.1.1 e 2.1.3, pois, ao fim e ao cabo, pretende punir o funcionário público por uma suspeita – uma presunção –, e não pelo que realmente fez<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Nesse sentido, GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 277, 2015, p. 277-278.

<sup>126</sup> Conferir, sobre o argumento do MPF, a análise empreendida por Luís Greco, no sentido de que: “[...] o primeiro argumento do MPF é o de que o enriquecimento ilícito seria ‘prova indireta da corrupção’. A única virtude desse argumento é a sinceridade. De resto, se tudo o que se puder dizer contra determinado comportamento é que ele seria prova indireta de outro, ter-se-á uma chamada pena de suspeita, o que contraria o *princípio da culpabilidade* e um de seus principais correlatos processuais, a *presunção de inocência*”. O princípio da culpabilidade contém, como núcleo, o direito de ser condenado e punido apenas pelo que realmente se fez. A condenação e a punição pelo crime que se propõe introduzir contém, assim, uma mentira: não é por enriquecer, e sim por ter praticado atos de corrupção ou de

Por outro lado, o Ministério Público Federal afirma que o “[...] enriquecimento ilícito do funcionário público é em si mesmo desvalorado” e “[...] revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum”. Ainda segundo o Ministério Público Federal, “[...] Há aqui um desvalor no tocante à discrepância patrimonial, não raro oculta ou disfarçada, de um agente público sujeito a regras de escrutínio, transparência e lisura”.

Há, contudo, no mínimo, três problemas relativos a essa segunda justificativa apresentada pelo Ministério Público Federal. Primeiro, o revelar de “[...] um agir imoral e ilegal de servidor público” remete ao problema anterior da prova indireta. Novamente, “[...] o desvalorado não é o enriquecimento, e sim o que ele revela”. Ora, “[...] falar em revelação de algo contradiz o que o MPF quer fundamentar, a saber, que o comportamento em questão seria ‘em si desvalorado’<sup>127</sup>. Segundo, o Ministério Público Federal não logra êxito em precisar qual seria exatamente o “[...] desvalor [penal] no tocante à discrepância patrimonial”. Não há como negar que a violação a “[...] regras de escrutínio, transparência e lisura” pode vir a fundamentar ilícitos administrativos, mas o Ministério Público Federal não conseguiu demonstrar de que maneira a violação desses deveres pudesse fundamentar um ilícito penal<sup>128</sup>. Terceiro, e mais importante, o direito penal não se presta a tutelar a moralidade administrativa, pois qualquer incriminação desvinculada de bens jurídicos penais com referência concreta à pessoa humana é ilegítima<sup>129</sup>. De feito, incide aqui o óbice imposto pelo princípio da proporcionalidade (subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal).

---

peculato, é que estaremos condenando. Ocorre que esses atos não se conseguem comprovar, com o que fica manifesta a violação dos princípios mencionados”. GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 277, 2015, p. 278.

<sup>127</sup> GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 277, 2015, p. 279.

<sup>128</sup> GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 277, 2015, p. 279. Convém destacar, todavia, que referido autor não descarta por completo a possibilidade de o delito de enriquecimento ilícito possuir um desvalor autônomo. Na verdade, sem também atribuir definitivamente um desvalor penal à conduta, o autor limitou-se a consignar que o Ministério Público não conseguiu demonstrar, satisfatoriamente, o desvalor concreto e autônomo do enriquecimento ilícito do funcionário público.

<sup>129</sup> Segundo TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 97, “[...] o bem jurídico é um dado relacionado à pessoa humana, como seu fundamento de preferência e orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental”. Ainda segundo o autor, “[...] A relevância de se exigir personalização do bem jurídico está no sentido de delimitar o poder de punir, de tal modo

Na verdade, por esses fundamentos, a incriminação do enriquecimento ilícito constituiria pura e simples expressão de um direito penal simbólico<sup>130</sup>.

A toda evidência, são insubsistentes as justificativas apresentadas pelo Ministério Público Federal para a incriminação autônoma do delito de enriquecimento ilícito. Se, por um lado, o argumento da “prova indireta da corrupção” importa em manifesta violação aos princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, por outro, o Ministério Público Federal não conseguiu demonstrar satisfatoriamente o suposto desvalor autônomo da conduta.

### 3.2.2 Críticas a respeito da conformação típica escolhida

A conformação típica proposta pelo Ministério Público Federal para o crime de enriquecimento ilícito no âmbito das “10 Medidas Contra a Corrupção” encaixa-se na categoria de crime de suspeita<sup>131</sup> e incorre nos mesmos vícios verificados na estrutura típica usualmente adotada pelos demais ordenamentos jurídicos. Com efeito, o tipo penal proposto no âmbito do referido pacote anticorrupção não se coaduna com os princípios da culpabilidade, da legalidade na modalidade taxatividade dos tipos penais e da presunção de inocência. É certo que o tipo difere ligeiramente

---

que uma lesão ao Estado só possa ser legitimada em uma democracia quando implicar também uma violação de bem jurídico pessoal. Com isso, eliminam-se as criminalizações puramente políticas e sedimentam-se os interesses do Estado nos interesses da pessoa, tomada em sua universalidade” (p. 96).

<sup>130</sup> PATRÍCIO, Rui. Sete pecados capitais (sobre a criminalização do “enriquecimento ilícito”). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 34, n. 136, 2013, p. 143.

<sup>131</sup> Nesse sentido, v. BADARÓ, Gustavo. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, IBCRIM, ano 1, n. 1, 2013, p. 50-75. Deve-se esclarecer, contudo, que o autor discorre especificamente sobre o tipo previsto no Projeto de Reforma do Código Penal, que tem redação quase idêntica à proposta do Ministério Público Federal formulada no âmbito do pacote anticorrupção, de maneira que todas as conclusões relativamente àquele tipo penal são extensíveis a esse. O *caput* do artigo objeto de crítica do autor tem a seguinte redação: “[...] Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito”. Já o texto do *caput* do tipo previsto nas “10 Medidas” é assim redigido: “[...] Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito”. Como se vê, as diferenças são sutis e não alteram a essência da argumentação desenvolvida neste tópico, que conduzem à conclusão pela inconstitucionalidade dos dois tipos penais.



da conformação típica que segue a tendência verificada no direito internacional, na medida em que criminaliza condutas para além do “enriquecimento” e não prevê o elemento negativo do tipo que expressamente impõe ao acusado o ônus de demonstrar a origem lícita do patrimônio incongruente. Essas diferenças, todavia, não alteram as conclusões que foram alcançadas na segunda parte do presente trabalho.

Aqui, a proveniência ilícita do patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos do funcionário público continua sendo presumida, não restando alterado o quadro de punição do agente público por mera suspeita, o que importa manifesta violação ao princípio da culpabilidade (e também da presunção de inocência). Com efeito, “[...] o fato de adquirir, alugar ou utilizar coisas (condutas suficientes), cujo valor é incompatível com os rendimentos e não justificado por outro meio lícito (circunstância idônea), sendo funcionário público (condição pessoal), gera a suspeita do cometimento prévio de um crime, geralmente de corrupção, que não se conseguiu provar”<sup>132</sup>.

Além disso, conquanto o tipo penal sugerido pelas “10 Medidas Contra a Corrupção” não tenha um elemento negativo do tipo que transfira ao acusado a tarefa de justificar a origem do patrimônio sob suspeita, remanesce a afronta aos corolários do princípio da presunção de inocência enquanto regra de juízo, uma vez que “o outro meio lícito, invariavelmente, deverá ser indicado e provado pelo acusado, ‘justificando’ a origem lícita do bem”<sup>133</sup>. Aqui, a inversão do ônus da prova não se dá de forma escancarada. Com efeito, é na inexistência de “outro meio lícito” para o enriquecimento “que se opera a inversão do ônus da prova e, conseqüentemente, a presunção de inocência, como regra de julgamento”<sup>134</sup>. Isso porque a elementar típica “outro meio lícito” é indeterminada, sendo inesgotáveis as possibilidades de incremento patrimonial lícito por parte do funcionário público, motivo pelo qual a acusação jamais conseguirá excluir, absolutamente, a possibilidade da proveniência lícita do patrimônio sob suspeita. Trata-se, na verdade, de prova impossível

---

<sup>132</sup> BADARÓ, Gustavo. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, IBCRIM, ano 1, n. 1, 2013, p. 65.

<sup>133</sup> BADARÓ, Gustavo. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, IBCRIM, ano 1, n. 1, 2013, p. 66.

<sup>134</sup> BADARÓ, Gustavo. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, IBCRIM, ano 1, n. 1, 2013, p. 67.

para a acusação. Assim, na prática, a prova da origem lícita do patrimônio incongruente recairá sempre sob o acusado, que é o único que poderá ter conhecimento acerca da verdadeira procedência de seus bens<sup>135</sup>. Uma vez provada a incompatibilidade patrimonial pelo órgão de acusação, o acusado terá o ônus de justificar a origem do patrimônio sob suspeita e, acaso não o faça, será condenado. A presunção, no caso, é de culpa, sendo que a dúvida quanto à origem do patrimônio incongruente é resolvida sempre em desfavor do acusado<sup>136</sup>. Não, há, portanto, a possibilidade de o acusado permanecer em silêncio sem que isso o prejudique<sup>137</sup>. Nesse contexto, embora o tipo penal proposto não exija expressamente do acusado a justificativa da origem do patrimônio, chega-se igualmente à conclusão de que há ofensa direta às três formas de manifestação do princípio da presunção de inocência enquanto regra de juízo<sup>138</sup>.

Afora isso, poder-se-ia dizer que o tipo penal de enriquecimento ilícito previsto nas “10 Medidas Contra a Corrupção” contorna o problema da violação ao princípio da legalidade na modalidade taxatividade dos tipos penais, na medida em que elenca vários verbos nucleares que identificam condutas concretas do funcionário – como adquirir, vender, emprestar ou alugar, o funcionário público, bens incompatíveis com os seus rendimentos auferidos lícitamente –, também abarcadas pelo tipo penal em comento, para além da mera incongruência patrimonial. Mesmo assim, o tipo penal em comento não se conforma ao princípio da legalidade na modalidade taxatividade dos

---

<sup>135</sup> O argumento foi considerado pelo Tribunal Constitucional de Portugal para declarar a inconstitucionalidade dos crimes de enriquecimento ilícito previstos no Decreto n. 37/XII da Assembleia da República. Segundo o voto do Relator: “[...] A formulação do tipo não impede o entendimento de que verificada a incongruência entre o património e o rendimento, ela é qualificada de enriquecimento ilícito sem ser feita a demonstração positiva da ausência de toda e qualquer causa lícita”. Ainda segundo o voto condutor do acórdão, “[...] tenha-se presente, aliás, que sendo o elenco de causas lícitas aberto e potencialmente inesgotável, sempre se poderia entender que a exigência de demonstração positiva da sua ausência afectaria quase irremediavelmente a operacionalidade do tipo. Assim lidas as normas incriminadoras, está-se a presumir a origem ilícita da incompatibilidade e a imputar ao agente um crime de enriquecimento ilícito, o que redundaria em manifesta violação do princípio da presunção de inocência, determinando, portanto, a inconstitucionalidade das normas em causa”. V., a propósito, o Acórdão n. 179/2012 do Tribunal Constitucional de Portugal.

<sup>136</sup> BADARÓ, Gustavo. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, IBCRIM, ano 1, n. 1, jan./fev. 2013, p. 70.

<sup>137</sup> BADARÓ, Gustavo. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, IBCRIM, ano 1, n. 1, jan./fev. 2013, p. 70.

<sup>138</sup> No sentido de que a proposta do MPF viola o princípio da presunção de inocência, ver, também, EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. Presunção de inocência e o pacote anticorrupção: a análise do “novo” crime de enriquecimento ilícito e as garantias constitucionais. *Revista brasileira da advocacia - RBA*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 171-190, abr./jul. 2016.

tipos penais. Primeiro, porque o tipo traz verbos nucleares – como “adquirir”, “possuir”, “utilizar” ou “usufruir” – que permitem, ao fim e ao cabo, a incriminação de um mero estado de incongruência patrimonial, sem qualquer referência a condutas concretas. Segundo, porque o tipo também não permite identificar as condutas ensejadoras do enriquecimento suspeito. Terceiro, porque a própria multiplicidade de verbos nucleares do tipo prejudica a identificação precisa da ação ou omissão proibida. Trata-se de indesejável incriminação por meio da “técnica espingarda de cano serrado”<sup>139</sup>.

Tal o contexto, a proposta apresentada pelo Ministério Público Federal não se compatibiliza com os incisos LVII e XXXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que insculpem, respectivamente, os princípios da presunção de inocência (do qual deriva o princípio da culpabilidade) e da legalidade (do qual deriva o mandado de determinabilidade ou taxatividade dos tipos penais).

### **3.3 O enriquecimento ilícito na lei de improbidade administrativa**

No Brasil, embora não haja crime autônomo de enriquecimento ilícito, a conduta constitui um ilícito administrativo. Com efeito, a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 sujeita a sanções administrativas (art. 12) o agente público (art. 2º) que incorrer na prática de atos de improbidade administrativa que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao erário (art. 10º) ou que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11). As sanções também são estendidas ao particular que induzir ou concorrer para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiar sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3).

---

<sup>139</sup> “O MPF, à falta de qualquer teoria sobre o desvalor do comportamento que quer ver criminalizado, tateia como o cego e enumera setes condutas distintas (adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir). A criminalização segue o modelo do que alguns vêm chamando de “técnica espingarda de cano serrado”. É evidente que esse modelo de tipificação abrange comportamentos que não possuem o conteúdo de desvalor que a justifica, o que o torna problemático segundo a perspectiva do princípio da culpabilidade, e que ele pouco se adéqua ao mandato de determinação dos tipos penais (art. 5.º, XXXIX, da CF)”. GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 277, p. 8., dez. 2015. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=126914](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=126914)>. Acesso em: 11 mai. 2018.

As sanções previstas para os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito compreendem (art. 12, I) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. Essas sanções podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente ao responsável, de acordo com a gravidade do fato e independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica (art. 12, *caput*). No momento de fixação das penas, o deverá levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único).

Segundo o *caput* do art. 9º da Lei 8.429/1992, “[...] constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego, ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente [...]”. São, portanto, elementos do enriquecimento por improbidade a percepção de vantagem patrimonial interna ou externa pelo agente público, a ausência de fato lícito gerador da vantagem, a conduta (comissiva ou omissiva) administrativa proibida e o liame causal entre a conduta administrativa e a vantagem patrimonial, não se configurando a conduta ímproba se o agente não auferir vantagem patrimonial além de seus subsídios ou se a vantagem eventualmente recebida não se relaciona com nenhuma conduta administrativa ilícita<sup>140</sup>. Para a configuração do ilícito administrativo, não é necessária a existência de dano ao erário, podendo

---

<sup>140</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2016, p. 145. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de atividade no Município (art. 9º da Lei nº 8.429/92). Para caracterização da improbidade do art. 9º da Lei nº 8.429/92 exige-se: a) enriquecimento ilícito pela percepção de vantagem patrimonial indevida; b) conduta dolosa do agente; e c) vinculação da percepção dessa vantagem ao exercício do cargo, emprego, função ou atividade na Administração de modo geral. Concorrência dos requisitos legais. Pretensão à reparação do dano julgada procedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.” TJSP, AP 0073328-56.2006.8.26.0000, Rel. Des. Décio Notarangeli, DJ de 28.9.2011.

haver enriquecimento ilícito com ou sem dano ao erário<sup>141</sup>, sendo esse elemento relevante apenas para fins de fixação das respectivas sanções.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

---

<sup>141</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2016, p. 145. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado: “A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, caput, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei.” STJ, REsp 604.151/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 8.6.2006.

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Como se vê, a redação do dispositivo é amplíssima, alcançando toda forma de enriquecimento do funcionário público em razão do exercício da função pública, principalmente porque o rol das condutas que seguem ao *caput* do artigo é meramente exemplificativo, o que se denota pela expressão “e notadamente” localizada ao final.

Diferentemente do que ocorre na tendência predominante no direito comparado em matéria de enriquecimento ilícito na seara penal, o ilícito administrativo previsto na Lei de Improbidade Administrativa enumera – ainda que exemplificativamente – as condutas ensejadoras do enriquecimento. Fazzio Júnior entende que o rol exemplificativo contido no art. 9º da Lei 8.429/1992 congloba dois grandes grupos de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. O primeiro deles compreenderia atos de improbidade assemelhados ao peculato, caracterizados pelo “desfrute patrimonial do agente público em prejuízo do erário”, os quais o autor classifica de enriquecimento ilícito simples ou direto (incisos IV, VII, XI e XII), ao passo que o segundo seria constituído por atos assemelhados ao da corrupção, classificados como enriquecimento ilícito completo ou indireto. Aqui, a vantagem não teria “origem no erário”, mas viria “de fora”, como forma de incentivar a prática da conduta ilícita do funcionário (incisos I, II, III, V, VI, VIII, IX e X)<sup>142</sup>. Deve ser ressalvado, contudo, que o inciso VII não se encaixa perfeitamente em nenhuma

---

<sup>142</sup> Segundo o autor, “[...] A relação de improbidade, no enriquecimento ilícito simples, envolve uma conexão direta entre o agente público e o órgão ou entidade a que está vinculado. No enriquecimento ilícito complexo, a relação de improbidade envolve mais um elemento, o agente externo (terceiro). Constitui-se uma vinculação triangular porque o agente público ímprobo aufera a vantagem ilícita do extraneus. O agente público percebe de terceiro para atuar contra a Administração Pública./ Essa distinção permite cindir as hipóteses encerradas nos incisos do art. 9º naqueles dois tipos: [...] incisos IV, VII, XI e XII contêm casos de enriquecimento ilícito simples ou direto; [...] incisos I, II, III, V, VI, VIII, IX e X envolvem enriquecimento ilícito complexo ou indireto./ Tomando como parâmetro distintivo os núcleos verbais dos tipos, há:/ 1. a relação de improbidade simples ou direta é revelada pelos verbos utilizar, usar, adquirir e incorporar, descritores da ação física do ato de improbidade que acarreta enriquecimento indevido, na modalidade simples. Todos esses núcleos verbais expressam a compatibilidade com o desfrute patrimonial do agente público em prejuízo do erário. Quem utiliza ou usa serve-se; quem adquire compra; quem incorpora bens de outrem ao próprio patrimônio se apropria, funde a seu cabedal. Tais verbos devem ser lidos, sempre, referidos à ilicitude da vantagem e sua conexão com o exercício de atividade administrativa;/ 2. a relação de improbidade complexa consiste na recepção de vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para praticar conduta ilícita. A vantagem não tem origem no erário; vem de fora. Os verbos típicos são: receber, perceber e aceitar. Assim, tem-se que receber, perceber

das categorias propostas, justamente por presumir a origem ilícita indeterminada dos recursos utilizados para a aquisição dos bens, sem qualquer referência à conduta causadora do incremento patrimonial do funcionário público, sancionando assim uma situação de mera suspeita, exatamente na linha da tendência verificada no direito comparado em matéria de tipificação penal do delito de enriquecimento ilícito.

### **3.4 O tratamento processual-penal de bens e valores relacionados ao crime**

Se, por um lado, o direito administrativo sancionador se ocupa expressamente do enriquecimento ilícito do funcionário público, por outro, o ordenamento jurídico brasileiro não deixa de dispensar tratamento penal ao enriquecimento proveniente de práticas criminosas, seja por meio de tipos penais que criminalizam determinados modos de utilização do produto do crime ou de quaisquer vantagens econômicas a ele relacionados, seja por meio das diferentes formas previstas em lei de confisco dos instrumentos, produtos ou proveitos do crime.

O delito de receptação previsto no art. 180 do Código Penal comina pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa para quem adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte. Aqui, as penas são aplicadas em dobro caso o objeto material do crime de receptação consista em bens do patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos (§6º). Por outro lado, a forma qualificada do tipo penal (§ 1º) comina pena de reclusão, de três a oito anos, e multa para quem adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime, equiparando-se à dita atividade comercial

---

e aceitar têm o sentido de entrar na posse de coisa ou valor oriundo de terceiro, dela passando a ter a disponibilidade, ou anuir à proposta formulada por terceiro, supondo ilicitude bilateral. O móvel da recepção, percepção ou aceitação é variado. A improbidade sempre se perfaz com a entrega da vantagem, tenha ou não desdobramento consequencial no âmbito administrativo”. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2016, p. 158.

qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência (§2º). Ademais, a conduta também é punida na modalidade culposa. De feito, o §3º do artigo 180 do CP pune, com pena de detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas, aquele que adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso. Há ainda tipo próprio que prevê penas mais elevadas – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa – para a receptação de animais (art. 180-A do CP). Por fim, merece destaque que a receptação é punível ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa (§5º).

As penas previstas nos referidos tipos penais, conduto, não se aplicam aos autores ou partícipes do delito antecedente de que proveio a coisa que constitui o objeto material do crime de receptação<sup>143</sup>, aplicando-se somente a terceiros que adquiram, recebam ou ocultem, em proveito próprio ou alheio, a coisa produto do crime. Referido óbice encontra fundamento no princípio do *non bis in idem*, que impede, nesse caso, a dupla condenação dos autores ou partícipes do delito antecedente pelos dois crimes cumulativamente. Essa circunstância impede a utilização do delito de receptação como um crime subsidiário, isto é, como uma alternativa à falta de provas suficientes para a condenação do agente pela prática do delito antecedente – como quer fazer o Ministério Público Federal com o crime de enriquecimento ilícito.

Situação distinta sucede com o delito de lavagem de capitais, previsto na Lei 6.138, de 3 de março de 1988, que criminaliza a ocultação e a dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, com o intuito de reintroduzi-los na economia formal sob a aparência de licitude<sup>144</sup>. No Brasil, a legislação é silente quanto à possibilidade de se

---

<sup>143</sup> Qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do delito, “salvo o autor, coautor ou partícipe do delito antecedente. Nesse sentido: RT, 585:375”. JESUS, Damásio de. *Código Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 840.

<sup>144</sup> Para Isidoro Blanco Cordero, a lavagem de capitais pode ser definida como “[...] *El proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita*”. CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzandi, 2002. p. 93. Nesse sentido, cf. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2017. Segundo esses autores, “[...] A palavra *lavar* vem do latim *lavare*, e significa expurgar, purificar, reabilitar, daí a ideia de tornar lícito o dinheiro advindo de atividades ilegais e reinseri-lo no mercado como se lícito fosse” (p. 8). Há, no entanto, intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre qual o bem jurídico referenciado pela norma. No julgamento do “Caso Mensalão” (AP nº 470), o Supremo Tribunal Federal, embora tenha delineado alguns requisitos necessários à configuração



punir a autolavagem de capitais, isto é, de punir o próprio autor da infração penal antecedente pela subsequente lavagem de dinheiro, motivo pelo qual a incidência dos princípios da presunção de inocência e do *non bis in idem* constituiriam, em tese, óbices a que autolavagem fosse punida, sendo essa conduta um pós-fato impunível relativamente aos autores da infração penal antecedente. Assim, somente terceiros alheios à prática ilícita poderiam ser punidos pela lavagem de capitais. A jurisprudência, contudo, tem permitido, sem reservas, a punição do autor da infração penal antecedente pela prática de atos posteriores tendentes a proporcionar a reintegração na economia lícita dos valores ilicitamente obtidos<sup>145</sup>. Ou seja, no Brasil, permite-se a punição da lavagem de dinheiro como um crime autônomo para os autores e partícipes da infração penal antecedente, com especial atenção para o fato de a punição ocorre independentemente da comprovação da infração penal antecedente para além da dúvida razoável e mesmo que a sua punibilidade esteja extinta pela ocorrência da prescrição<sup>146</sup>.

Além disso, há vários dispositivos esparsos na legislação penal brasileira que preveem a perda de bens e valores relacionados direta ou indiretamente à prática criminosa. Desde 1941, o Decreto-Lei n. 3.240 sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta

---

do delito de lavagem de capitais, não conseguiu obter consenso – mesmo que por votação majoritária – em relação ao conteúdo do bem jurídico daquele crime. Em que pese a controvérsia quanto ao bem jurídico do crime de lavagem de dinheiro, ao analisar o resultado do julgamento da AP nº 470, Bottini identificou um denominador comum entre as principais posições que formaram a corrente majoritária: é preciso mais que a mera ocultação ou dissimulação de valores para incidir no crime de lavagem de dinheiro, “seja um estratagema para reintroduzir o bem ilícito na economia realizado após o iter criminis anterior (Ministro Peluso), seja um ato posterior destinado a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida (Ministro Barroso), seja a identificação de um contexto capaz de evidenciar que o agente realizou a ação com a finalidade específica de emprestar aparência de licitude aos valores (Ministro Teori)”. BOTTINI, Pierpaolo. Lavagem de Dinheiro: no que consiste o ocultar necessário ao crime? *Consultor jurídico*, 22 set. 2015.

<sup>145</sup> V, por todos, os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Inq. 4112, de Rel. Min. Edson Fachin e na APn. 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

<sup>146</sup> Realmente, na prática, tornou-se possível a punição do funcionário público pelo branqueamento de valores de origem espúria mesmo sem provas robustas da prática dos crimes que lhe deram origem. Com efeito, a jurisprudência firmou-se no sentido de que “Para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, não é necessária a prova cabal do crime antecedente, mas a demonstração de ‘indícios suficientes da existência do crime antecedente’, conforme o teor do §1º do art. 2º da Lei 9.613/98” (STJ, REsp 1133944/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 17/05/2010). Trata-se, contudo, de interpretação equivocada do referido dispositivo, que dispõe que “[...] A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente”. Sobre o tema, v. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 322.

prejuízo para a fazenda pública (art. 1º). Nos termos do art. 8º do referido diploma legal, serão decretados perdidos em favor da fazenda pública, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, os bens que forem produto, ou adquiridos com o produto do crime, ressalvado o direito de terceiro de boa-fé.

A partir da reforma de 1984, o Código Penal passou a prever como consequência de toda e qualquer condenação criminal a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos e do produto do crime, bem como de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, II), podendo ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior (§1º).

A fim de assegurar o perdimento de bens, o Código de Processo Penal possibilita, no curso do inquérito ou da ação penal, o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro (art. 125), desde que houver indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126). Destarte, transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público (art. 133). Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé (parágrafo único). Por outro lado, o Código de Processo Legal possibilita a hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado para assegurar eventual indenização civil ao ofendido, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria (art. 134)<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> Art. 135. Pedida a especialização mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados, o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis. § 1º A petição será instruída com as provas ou indicação das provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, com a relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento, e com os documentos comprobatórios do domínio. §2º O arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos imóveis designados far-se-ão por perito nomeado pelo juiz, onde não houver avaliador judicial, sendo-lhe facultada a consulta dos autos do processo respectivo. § 3º O juiz, ouvidas as partes no prazo de dois dias, que correrá em cartório, poderá corrigir o arbitramento do valor da responsabilidade, se lhe parecer excessivo ou deficiente. §4º O juiz autorizará somente a inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis necessários à garantia da responsabilidade.

A Lei de Lavagem de Dinheiro, complementarmente aos efeitos da condenação previstos no art. 91 do Código Penal, prevê (art. 7º) a perda<sup>148</sup>, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto de lavagem de dinheiro (inc. I), bem assim a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem de dinheiro, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança (inc. II). Ademais, para assegurar esses efeitos, o diploma legal em questão possibilita ao juiz, diante de indícios suficientes de infração penal, decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes de lavagem de dinheiro ou das infrações penais antecedentes (art. 4º).

A essa altura, não custa lembrar que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, o responsável por crime que também constitua ato de improbidade que importe enriquecimento ilícito estará igualmente sujeito às penas de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio e ressarcimento integral do dano, se houver, bem como ao pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial verificado, entre outras (Lei 8.429/1992, art. 12, I).

Justamente em razão dos dispositivos que determinam o perdimento desses bens em favor da União, parte da doutrina entende que não pode haver tributação sobre rendimentos auferidos por meio de práticas criminosas, “porque, como nesses casos há perdimento, a tributação ultrapassaria a totalidade do produto do crime e implicaria confisco, vedado constitucionalmente”<sup>149</sup>. Na doutrina<sup>150</sup> e na jurisprudência<sup>151</sup>, contudo, prevalece o equivocado entendimento de que o art. 118 do

---

<sup>148</sup> Ressalvando o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

<sup>149</sup> ESTELLITA, Heloisa; JÚNIOR, Aldo de Paula. Consequências tributárias e penais-tributárias da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 115.

<sup>150</sup> Sobre o problema da tributação de rendimentos auferidos com a atividade ilícita de natureza penal, v. ESTELLITA, Heloisa; JÚNIOR, Aldo de Paula. Consequências tributárias e penais-tributárias da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 105-132.

<sup>151</sup> A jurisprudência pátria firmou-se no sentido de que “é possível a tributação sobre rendimentos auferidos de atividade ilícita, seja de natureza civil ou penal; o pagamento de tributo não é uma sanção, mas uma arrecadação decorrente

Código Tributário Nacional consagra o princípio do *non olet*, segundo o qual o produto da atividade ilícita deve ser tributado, desde que realizada, no mundo dos fatos, a hipótese de incidência da obrigação tributária. Assim, na prática, o crime de sonegação fiscal previsto no art. 1º da Lei 8.137, de 1990 também permite a punição do funcionário público que se enriquece ilicitamente, independentemente da prova acerca da origem espúria do patrimônio sob suspeita e mesmo que não tenha sido condenado o funcionário público pela prática do delito que ensejou o seu enriquecimento. No Brasil, portanto, a quase totalidade das situações que seriam abrangidas pelo tão desejado crime de enriquecimento ilícito já estão, na verdade, abarcadas pelo delito de sonegação fiscal. Afinal, o criminoso geralmente não declara os frutos da sua atividade criminosa. E, quando declara, fá-lo com o intuito de emprestar aparência de licitude aos bens obtidos ilicitamente, incorrendo, assim, na prática do delito de lavagem de capitais.

### **3.5 A desnecessidade de tipificação penal do enriquecimento ilícito do funcionário público**

A tipificação penal do enriquecimento ilícito do funcionário público é, na quadra atual, no mínimo, desnecessária. Primeiro, porque o rol de crimes contra a administração pública já é extenso, permitindo ampla punição do funcionário público que comete crimes no exercício de suas

---

de renda ou lucro percebidos, mesmo que obtidos de forma ilícita (STJ: HC 7.444/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 03.08.1998). A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso - antes de ser corolário do princípio da moralidade - constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética (STF: HC 77.530/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 18/09/1998). Ainda, de acordo com o art. 118 do Código Tributário Nacional a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos (STJ: REsp 182.563/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 23/11/1998)". Há, nesse sentido, julgado recente do Supremo Tribunal Federal: STF, HC 94240, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe de 11/10/2011. Registre-se, todavia, a posição intermediária adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 984.607/PR, de Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 07.10.2008, DJ de 05.11.2008, em que a Segunda Turma daquele eg. Tribunal entendeu que "[...] se o ato ou negócio ilícito for acidental à norma de tributação (= estiver na periferia da regra de incidência), surgirá a obrigação tributária com todas as consequências que lhe são inerentes. Por outro lado, não se admite que a ilicitude recaia sobre elemento essencial da norma de tributação". Dessa forma, "[...] a renda obtida com o tráfico de drogas deve ser tributada, já que o que se tributa é o aumento patrimonial e não o próprio tráfico. Nesse caso, a ilicitude é circunstância acidental à norma de tributação. No caso de importação ilícita, reconhecida a ilicitude e aplicada a pena de perdimento, não poderá ser cobrado o imposto de importação, já que "importar mercadorias" é elemento essencial do tipo tributário. Assim, a ilicitude da importação afeta a própria incidência da regra tributária no caso concreto".

funções. Segundo, porque a conduta já constitui um ilícito administrativo. Aliás, uma das alegações em favor do delito de enriquecimento ilícito é a de que a instituição do crime permitiria a punição de condutas originadoras do enriquecimento para além daquelas que estão tipificadas como crime. Ocorre que a lei de improbidade administrativa já cumpre esse propósito, considerando que o tipo administrativo é aberto. Terceiro, porque o que se pretende tipificar como enriquecimento ilícito já é indiretamente criminalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A essa altura, merece imediata atenção o fato de que o delito de corrupção passiva atualmente assume contornos amplíssimos. No julgamento do “Caso Mensalão” (AP 470), o Supremo Tribunal Federal, a despeito de não ter prescindido, para a configuração típica do delito, da relação entre a vantagem indevida e o ato de ofício em potencial, afrouxou o grau de determinação do ato de ofício mercenciado<sup>152</sup>. Por conseguinte, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do conteúdo típico do crime de corrupção passiva reflete também no plano processual, desincumbindo a acusação de descrever, na denúncia, e provar, ao longo da instrução criminal, em detalhes, qual exatamente o ato inserido no âmbito de atribuições funcionais do funcionário público que foi objeto de mercancia<sup>153</sup>. Referida decisão, portanto, representa o distanciamento da noção quase contratual ou negocial do crime de corrupção passiva – de difícil aceitação prática – em direção à criminalização da compra de boas relações e também da venda da própria posição de funcionário público<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: a propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470 do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214, jan./fev. 2014. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=103189](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103189)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

<sup>153</sup> Para Gustavo de Oliveira Quandt, o requisito do ato de ofício, “[...] se levado a sério, parece impor severas restrições à punição do funcionário, as quais se apresentam já no aspecto processual: se o crime de corrupção passiva depende de uma relação entre a vantagem recebida, solicitada, etc e um ato de ofício, esse ato deve ser descrito na denúncia”. Continua o autor, “[...] além disso, se for necessário que a vantagem se relacione com um certo e específico ato de ofício, é preciso provar, no curso do processo crimina, a associação descrita na denúncia entre esses dois elementos. Mais precisamente, é preciso provar que a vantagem recebida, prometida etc. se dirigia efetivamente àquele ato e não a algum outro”. QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor.; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p.55-56. Dessa forma, a flexibilização do grau de exigência da determinação do ato de ofício no momento das ações de solicitar ou receber importa em igual flexibilização dos requisitos necessários à admissibilidade da acusação e à conseguinte condenação em casos de corrupção passiva.

<sup>154</sup> Sobre o tema, v. QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor.; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 54-76.

Nesse contexto, expandiram-se as possibilidades de incidência do tipo penal, potencializando a persecução penal nos casos de corrupção.

A ampliação dos contornos do tipo penal de corrupção passiva, associada à possibilidade conferida pela jurisprudência dominante de punir a autolavagem de capitais e a sonegação fiscal de recursos oriundos de atividades criminosas, bem como à existência de várias formas de confisco dos bens e valores relacionados ao crime, indicam que “o enriquecimento ilícito” do funcionário público já recebe tratamento sancionador suficiente.

Nesse contexto, eventual delito de enriquecimento ilícito dificilmente sobreviveria a um detido juízo de proporcionalidade, já que a conduta que se pretende criminalizar constitui um ilícito diretamente punido pelo direito administrativo sancionador e indiretamente punido pelo direito penal, sendo certo que, conquanto a instituição do delito realmente pudesse incrementar a persecução penal dos funcionários públicos corruptos, o nível de comprometimento das garantias fundamentais dos cidadãos seria altíssimo.

## Conclusão

A tipificação penal do enriquecimento ilícito prevalece em países de pouca maturidade democrática, em que há baixo grau de confiança nas instituições públicas e altos índices de corrupção. Nesses países, o delito de enriquecimento ilícito é via de regra instituído como um crime próprio contra a administração pública, propiciando a punição do funcionário público pela mera suspeita da prática de atos de corrupção (em sentido lato), todavia não provados, dos quais a incongruência entre o patrimônio possuído pelo funcionário público e os seus rendimentos lícitos declarados é apenas um indício. Assim, a punição do funcionário público se dá independentemente da prova da origem criminosa do patrimônio sob suspeita.

Os crimes de corrupção e demais delitos contra a administração pública não são fáceis de serem provados, uma vez que não deixam vestígios e geralmente são praticados de forma subreptícia. Por isso, a instituição do delito de enriquecimento ilícito do funcionário público vem sendo adotada como uma técnica patrimonial de combate à corrupção, ao lado de institutos como o crime de financiamento do terrorismo, o delito de lavagem de dinheiro, o confisco das vantagens do crime nas formas clássica e alargada e os mecanismos de prevenção e detecção aplicáveis a certas atividades. Nesse contexto, a instituição do delito de enriquecimento ilícito é uma solução de direito material para um problema de prova.

A modalidade típica usualmente adotada mundo afora para a criminalização do enriquecimento ilícito do funcionário público pode ser classificada como um “crime de mera suspeita”. Nos crimes de suspeita, os elementos descritos no tipo penal incriminador formam a base da presunção do cometimento de outros fatos que não estão descritos no preceito primário do tipo, permitindo a punição da suspeita da prática desses fatos, apesar de não provados. No caso específico da conformação típica de enriquecimento ilícito que predomina no direito comparado, a qualidade de funcionário público e a posse ou detenção, ainda que por interposta pessoa, de bens ou rendimentos superiores ao patrimônio indicado nas declarações a que está obrigado formam a base da presunção da origem ilícita do patrimônio excedente, segundo a qual o enriquecimento verificado é provavelmente fruto do cometimento (indeterminado) de crimes contra a administração pública. Essa pre-

sunção tem natureza *iuris tantum* e é passível de desconstituição pelo demandado mediante contraprova da origem lícita ou legítima do patrimônio incongruente, ônus esse que lhe é expressamente transferido pelo elemento negativo do tipo.

Essa modalidade típica, contudo, incorre na violação ao princípio da culpabilidade, por ensejar a responsabilização do funcionário público mesmo que tenha agido sem dolo ou culpa ou que sequer tenha efetivamente cometido os delitos presumidos a partir das suspeitas levantadas pela incongruência patrimonial verificada. Dessa forma, a imputação proporcionada pelo referido delito assume contornos de responsabilidade penal objetiva.

Por outro lado, referida estruturação típica também incorre na violação ao princípio da legalidade na modalidade taxatividade dos tipos penais, uma vez que não descreve as condutas ilícitas (ação ou omissão) concretas ensejadoras do enriquecimento, mas apenas uma situação de incongruência patrimonial, permitindo, inclusive, a punição de crimes sem qualquer limite de ordem temporal.

Para além disso tudo, há ofensa direta aos três corolários do princípio da presunção de inocência enquanto regra de juízo. É que, bem vistas as coisas, o tipo opera a presunção, com culpa, de que o funcionário público tenha praticado crimes contra a administração pública e que esses crimes ensejaram o seu enriquecimento. A partir daí, recai sob o acusado o ônus de provar a sua inocência para conseguir obter uma absolvição, com atenção para o fato de que, se o acusado não se desincumbir desse ônus, será considerado culpado e condenado às penas previstas para o delito. Dessa forma, a construção típica prevalecente no direito comparado suprime por completo o direito ao silêncio do acusado (*nemo tenetur se detegere*), uma vez que, se o acusado deixar de produzir prova em seu favor, sofrerá prejuízo concreto. Inclusive, a obrigação que recai sobre o acusado de justificar a origem do seu patrimônio pode, também, compeli-lo a confessar a prática de outros crimes que deram origem ao patrimônio incongruente, mas que não guardam a mínima relação com o exercício de seu cargo ou função públicos. Ademais, como o injusto do enriquecimento ilícito se configura mediante juízo de presunção da origem ilícita do patrimônio incongruente, a dúvida sobre a questão de fato constitutiva do crime – sobre saber se o patrimônio excedente ao declarado guarda origem na prática de crimes contra a administração pública – sempre será resolvida em



desfavor do acusado, o que contraria o princípio da presunção de inocência na modalidade *in dubio pro reo*.

No Brasil, não há um tipo penal próprio de enriquecimento ilícito. Não obstante, há várias proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional que objetivam criminalizar o enriquecimento ilícito do funcionário público, sendo a maioria delas é inspirada nas “10 Medidas Contra a Corrupção”. Ocorre que são insubsistentes as justificativas apresentadas pelo Ministério Público Federal para a incriminação autônoma do delito de enriquecimento ilícito. Se, por um lado, o argumento da “prova indireta da corrupção” importa em manifesta violação aos princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, por outro, o Ministério Público Federal não conseguiu demonstrar satisfatoriamente o suposto desvalor autônomo da conduta. No mais, a redação sugerida pelo Ministério Público Federal no âmbito das “10 Medidas Contra a Corrupção” para o tipo penal de enriquecimento ilícito encaixa-se na categoria de crime de suspeita e incorre nos mesmos vícios verificados na estrutura típica usualmente adotada no direito comparado. Com efeito, o tipo penal proposto no âmbito do referido pacote anticorrupção não se coaduna com os princípios constitucionais da culpabilidade, da legalidade na modalidade taxatividade dos tipos penais e da presunção de inocência.

A conduta que se pretende tipificar, todavia, constitui ato de improbidade administrativa e é criminalizada indiretamente por diversos outros crimes já existentes (como lavagem de dinheiro e sonegação fiscal), pelo que seria desnecessário um novo tipo penal nesse sentido. Por conseguinte, eventual delito de enriquecimento ilícito no Brasil dificilmente sobreviveria a um detido juízo de proporcionalidade, já que a conduta que se pretende criminalizar constitui um ilícito diretamente punido pelo direito administrativo sancionador e indiretamente punido pelo direito penal, sendo certo que, conquanto a instituição do delito realmente pudesse incrementar a persecução penal dos funcionários públicos corruptos, o nível de comprometimento das garantias fundamentais dos cidadãos seria altíssimo.

## Referências bibliográficas

ANDRADE, Manuel da Costa. *Enriquecimento ilícito: entre Cila e Caríbdis*. 28 out. 2011. Disponível em <<https://www.publico.pt/2011/10/28/jornal/enriquecimento-ilicito-entre-cila-e-caribdis-23302436>>. Acesso em: 11 maio 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 461 p., 22 cm. ISBN 978-85-203-6920-3. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=143473](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143473)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual*, ano 1, n. 1, p. 50-75, jan./fev. 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Edição Saraiva, 1964.

BOTTINI, Pierpaolo. Lavagem de Dinheiro: no que consiste o ocultar necessário ao crime? *Consultor jurídico*, 22 set. 2015.

CAEIRO, Pedro. “Quem cabritos vende e cabras não tem...” (sobre a criminalização do enriquecimento ilícito). In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 353-359.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto de perda de vantagens relacionadas com o crime de confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco 'in rem' e a criminalização do enriquecimento 'ilícito'). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 2, p. 267-321, abr./jun. 2011. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=107063](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=107063)>. Acesso em: 11 maio 2018.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de. O enriquecimento sem causa em Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 23, p. 3-21, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Arazandi, 2002. p. 93.

CORDERO, Isidoro Blanco. El Delito De Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués. In *Revue électronique de l'AIDP*, A-02, 2013.

DE FARIA COSTA, José Francisco. Crítica à tipificação de enriquecimento ilícito: Plädoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017;

EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. Presunção de inocência e o pacote anticorrupção: a análise do "novo" crime de enriquecimento ilícito e as garantias constitucionais. *Revista brasileira da advocacia - RBA*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 171-190, abr./jul. 2016. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=130238](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=130238)>. Acesso em: 11 maio 2018.

ESTELLITA, Heloisa; JÚNIOR, Aldo de Paula. Consequências tributárias e penais-tributárias da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais*. A doutrina geral do crime, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia: los artículos 483 y 485 CP. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 2, p. 629-678, maio/ago. 1993. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=28661](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=28661)>. Acesso em: 18 maio 2018.

GODINHO, Jorge A. F. Do crime de «riqueza injustificada» (Artigo 28º da Lei n.º 11/2003, de 28 de julho). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XI, n. 24, 2007, p. 17ss.

GODINHO, Jorge A. F., The Recent Evolution of Financial Strategies of Crime Control in the Macau SAR [Estratégias Patrimoniais de Combate a Criminalidade]: O Estado Actual na Região Administrativa Especial de Macau, 7 abril 2009. In: ALVES, Leonel Alves; CARDINAL, Paulo (Eds.). *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009. Disponível em: SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1374164>>. Acesso em 29 maio 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 23, p. 3., nov. 1994. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=13608](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13608)>. Acesso em: 29 maio 2018.

GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 277, dez. 2015, p. 277-278. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=126914](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=126914)>. Acesso em: 11 maio 2018.

HASSEMER, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad?. *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 233-244, 1982. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=16415](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=16415)>. Acesso em: 18 maio 2018.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, p. 183-222, 2. sem. 2006.

JESUS, Damásio de. *Código Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES LEITÃO. Luís Manuel Teles de. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *R. CEJ*, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004.

PATRÍCIO, Rui. O direito fundamento à presunção de inocência ('Revisitado' – a propósito do Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde). *Praia, Portugal, Direito e Cidadania*, ano 7, n. 22, p. 9-25, 2005.

PATRÍCIO, Rui. Sete pecados capitais (sobre a criminalização do "enriquecimento ilícito"). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 34, n. 136, p. 139-150, out./dez. 2013. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=106339](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=106339)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

PEREIRA, Júlio. O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal. *Boletim do CCAC*, n. 7, setembro de 2003.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: a propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470 do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214, jan./fev. 2014.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor.; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción. *Revista penal Mexico*, Mexico, DF, n. 7, p. 217-240., fev.

2015. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=139129](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139129)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. *Tratamiento Jurídico Penal de los Incrementos Patrimoniales Injustificados en la Función Pública*. El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Legislación Paraguaya y su Problemática Dogmático-Constitucional. 2013. 533 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade de Salamanca, 2013, p. 486. Disponível em: <[https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124206/1/DDPG\\_RojasPichlerPabloAndres\\_Tesis.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124206/1/DDPG_RojasPichlerPabloAndres_Tesis.pdf)>. Acesso em: 24 de maio 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Qué queda de la culpabilidad en derecho penal. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 30, p. 671-692, 1986. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=33358](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=33358)>. Acesso em: 18 maio 2018.

SANCINETTI, Marcelo A. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adiós al estado de derecho. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, p. 915-968, 1999. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=19923](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=19923)>. Acesso em: 27 maio 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Una primera lección de Derecho penal. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 25, p. 627-650., 2013. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=103265](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103265)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 33, p. 439-463, mar. 1994. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=68120](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=68120)>. Acesso em: 18 maio 2018.